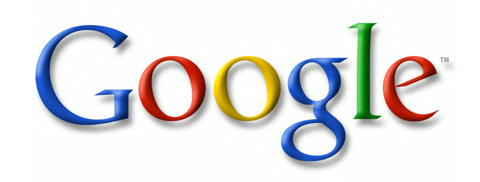

Google


208
2



DE

# L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

A. PILLET
Agrégé à la Faculté de Droit de Grenoble.





GRENOBLE
F. ALLIER PÈRE ET FILS
LIBRAIRES-ÉDITEURS
8, Grande-Rue

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
22, rue Soufflot

1890

Extrait des *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, tome II, n° 2.

*La matière de l'ordre public paraît être, en droit international, non seulement un des points les plus importants, mais un des points sur lesquels s'accuse le plus nettement la diversité de vues des différentes écoles contemporaines. On admet en France et en Italie que le principe de la territorialité des lois d'ordre public constitue une grande exception qu'il est nécessaire d'apporter aux règles générales de la science. Tout autre est le point de vue adopté par la jurisprudence anglo-américaine, et un de ses interprètes les plus autorisés, Wharton*[1]*, écrivait récemment encore que la grande différence entre les opinions de ses collègues français et italiens et les siennes propres consistait en ce que ceux-ci tenaient pour une exception ce qui pour lui était la règle générale, la territorialité des lois concernant la police locale et les bonnes mœurs. En Allemagne, la science la plus récente paraît verser dans l'extrême opposé, et cette année même, un auteur dont personne ne contestera la haute compétence, de Bar*[2]*, refusait positivement d'admettre le principe de la territorialité des lois d'ordre public considéré par lui comme trop vague pour pouvoir servir jamais à la solution des conflits de lois.*

*En réalité le différend est moins grand entre les diverses écoles qu'il ne paraît l'être, et nous croyons pouvoir affirmer que de nos jours, en tout pays, on applique très rigoureusement aux matières d'ordre*

---

[1] A treatise on the conflict of laws, 2e *éd. Préface.*

[2] Theorie und Praxis des internationalen Privat rechts. *V. part. le* § *30, t. I, p. 55.*

*public les dispositions de la* lex fori*, en même temps qu'on incline à borner là leur application. D'une part, en effet, il est visible que la pratique anglo-américaine se relâche de jour en jour de sa sévérité ancienne, et par la place de pius en plus grande qu'elle consent à faire à l'application des lois étrangères se rapproche sans cesse des doctrines reçues sur le continent ; d'autre part l'école allemande, tout en rejetant la forme et en quelque sorte l'étiquette franco-italienne de la règle, ne laisse pas que d'admettre les conséquences auxquelles elle conduit ; c'est même une chose piquante que de voir tel auteur, M. de Bar par exemple, dans l'excellent ouvrage qu'il nous a donné, obligé de recourir en maint endroit particulier au principe même qu'il a critiqué et rejeté.*

*Quoi qu'il en soit, nous sommes convaincu que si l'idée de la territorialité des lois d'ordre public n'est pas encore formellement admise partout, si on peut lui reprocher son incertitude, sa variabilité, c'est simplement parce qu'elle n'a pas été étudiée avec assez de soin. Qu'on la serre de plus près et l'on trouvera en elle une formule incontestablement juste, et d'une précision assez grande pour qu'elle puisse servir de guide dans la solution des conflits de lois.*

*L'opuscule que nous livrons aujourd'hui au public n'a pas la prétention d'épuiser cette grave question. Ce n'est qu'une modeste contribution apportée à une étude qui plus que toute autre mérite d'attirer l'attention des jurisconsultes, parce que sa solution complète éclairerait d'un jour nouveau la science du droit international privé tout entière.*

# DE L'ORDRE PUBLIC

## EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le droit international privé n'est rien moins qu'une science nouvelle. Plusieurs siècles se sont écoulés depuis l'époque où la diversité des statuts particuliers de certaines villes d'Italie a obligé les praticiens à porter leur attention sur les conflits qu'elle faisait naître. Pendant le cours de cette longue période, de nombreuses écoles de jurisconsultes se sont succédé, aucune d'elles ne s'est entièrement désintéressée de ces questions, quelques-unes les ont étudiées avec un zèle et une érudition extrêmes, et cependant c'est à peine si l'on peut dire que l'on est aujourd'hui plus avancé dans cette voie qu'au temps où, pour la première fois, on a entrepris de porter la lumière dans ce domaine jusqu'alors inexploré du droit. Quelque matière que l'on considère, on ne voit partout qu'incertitude et hésitation. Chaque auteur, très fort contre ses devanciers, faiblit lorsqu'il s'agit de proposer des idées meilleures et, le plus souvent, aboutit à prêter le flanc aux mêmes critiques qu'il avait justement adressées à d'autres. On est vraiment tenté de croire qu'il vaudrait mieux laisser le droit international se développer de lui-même au fur et à mesure que besoin serait, en renonçant à l'idée d'accélérer au moyen de travaux scientifiques ce développement.

Il serait cependant injuste de méconnaître les quelques résultats qui peuvent être considérés comme acquis. Sur certains points particuliers des idées se sont imposées qui, si elles étaient plus nombreuses, pourraient arriver à constituer une véritable communauté de droit

entre nations, communauté qui sans doute ne mettrait pas obstacle aux conflits, mais qui leur assurerait, en tout lieu, une solution uniforme basée sur les données de la raison et conforme aux exigences de la pratique. De ce nombre est le principe qui doit faire l'objet de cette étude. Il est aujourd'hui universellement admis que l'application d'une loi étrangère ne saurait en aucun cas être tolérée, alors qu'elle aurait pour conséquence de troubler l'ordre public du pays dans lequel elle est demandée. Aussi bien, n'est-ce pas là une notion de simple bon sens ? Si l'on veut que l'application des lois étrangères ne soit jamais due qu'à la courtoisie de l'État qui l'accorde, comment penser que cette courtoisie pourrait jamais aller jusqu'à lui faire sacrifier ses intérêts vitaux, son ordre public, et si l'on pense que l'application d'une loi étrangère peut être un véritable droit pour celui qui la réclame, incontestablement ce droit ne pourra jamais être mis en balance avec le droit le plus fort qui appartient à chaque peuple, de veiller à sa propre conservation en prohibant tout ce qui pourrait se produire, sur son territoire, de dangereux à ce point de vue. Le respect de l'ordre public, voilà donc un principe qui s'impose à tous, qui se retrouve dans les opinions les plus diverses, qui fait réellement partie de cette communauté de droit à laquelle il a été fait allusion tout à l'heure.

Même, si quelque chose doit étonner, c'est que ce principe n'ait pas été reçu de tout temps, c'est aussi que dans le droit contemporain il ne soit pas entendu de la même façon par tous ceux qui le reconnaissent. Car, il faut bien l'avouer, dans la manière d'expliquer et de limiter ce principe, il y a encore de grandes incertitudes, nombre de doutes dans les applications qu'il s'agit d'en faire. A ce double point de vue, il peut paraître qu'une étude sur ce point de droit serait utile, et quoique la matière ait été récemment traitée par une plume compétente [1], il n'est peut-être pas inutile de s'en occuper de nouveau.

Nous allons essayer de réunir dans cet article les principales questions relatives à la notion de l'ordre public et à l'influence qu'elle doit exercer sur le droit international privé. Notre étude aura un double objet : 1° tracer l'esquisse d'une théorie rationnelle de l'ordre pu-

---

[1] Despagnet, *Journal de dr. intern. privé*, 1889, pp. 5 et 207. — Voir aussi une Thèse de M. Boissarie, récompensée par la Faculté de Paris, en 1888.

blic en droit international privé ; 2° faire rentrer dans ce cadre les principales questions de doctrine et de jurisprudence relatives à cette matière. La jurisprudence française contemporaine sera naturellement l'objet particulier de notre attention. Disons immédiatement que pour éviter toute incursion dans des questions plus générales que celles que nous avons pour objet de traiter, nous désignerons systématiquement par le terme de « loi compétente » la loi qui, d'après les principes, doit recevoir application lorsque l'ordre public n'est pas en jeu. C'est une expression vague, voire même insignifiante, mais elle a l'avantage de pouvoir être acceptée par toutes les opinions.

## I.

### NOTIONS GÉNÉRALES. — HISTORIQUE.

Notions générales.

Le législateur peut être considéré comme ayant dans son œuvre à réaliser un double objet. Il doit d'abord assurer la conservation de l'État pour lequel il légifère ; à cet effet, il édictera une série de lois ayant pour but la garantie des conditions soit matérielles, soit morales dont l'absence aurait pour effet de remettre en question l'existence même de l'État. Par exemple, il fera une loi sur les réunions publiques, les attroupements, parce que s'il n'en existait pas, il serait à craindre qu'un jour une sédition ne parvînt à substituer son pouvoir de fait à l'autorité légitime des représentants de la nation. De même, et dans un autre ordre d'idées, il fera une loi interdisant la polygamie, parce que la polygamie, si elle passait dans les mœurs, ruinerait la famille et entraînerait par là la ruine de l'État. Ces deux lois prises pour exemples ont l'une et l'autre pour raison d'être la nécessité de la conservation de l'État. Mais le rôle du législateur ne se borne pas là. La constitution ne fait pas seulement de lui le protecteur et l'organe des intérêts vitaux de l'État, il est aussi le gardien des intérêts des citoyens qui le composent. A côté des lois dictées directement par l'intérêt public, il y en aura d'autres qui serviront les intérêts des particuliers et contribueront par là au bien de la communauté. Dans ces lois, les citoyens trouveront le moyen de développer avec plus de sûreté leurs facultés individuelles, leurs relations sociales en seront d'autant plus faciles, leur bien-être s'accroîtra et

finalement la chose publique gagnera en force et en grandeur ce que les citoyens auront gagné en aisance et en sécurité.

Les unes et les autres de ces lois sont d'intérêt public, car tout ce que fait le législateur doit être fait pour l'avantage de la nation. Et cependant, à ce point de vue même de l'intérêt public, les unes diffèrent des autres par un trait qui est celui-ci[1] : les premières sont nécessaires à l'État, en ce sens que ce n'est que grâce à leurs dispositions que l'État peut exister, ou du moins qu'il peut exister tel qu'il est et qu'il doit être. Les secondes ne présentent pas ce caractère de nécessité : elles sont avantageuses, très utiles même si l'on veut, elles ne sont point nécessaires en ce sens qu'on pourrait les supposer modifiées ou remplacées dans une hypothèse déterminée par les dispositions d'une loi étrangère, sans que pour cela il y eût autre chose de compromis que l'intérêt des particuliers qu'elles concernent.

C'est en cela que me paraît résider en principe la distinction des lois proprement dites d'ordre public et des lois qui n'ont pas ce caractère. Leurs dispositions sont-elles ou ne sont-elles pas nécessaires au maintien de l'ordre public, voilà la question décisive.

Il est aisé de comprendre pourquoi l'on doit faire une différence au point de vue du droit international privé entre les lois qui concernent et les lois qui ne concernent pas l'ordre public. Il est admissible qu'un législateur autorise l'application sur son territoire d'une loi étrangère d'intérêt privé : du reste, cela n'aura lieu que lorsque la loi étrangère invoquée conviendra mieux à l'intérêt privé en jeu que ne lui conviendrait la loi française[2]. Au contraire, il est absolument inadmissible qu'une infraction à une loi française, qui ne serait pas tolérée de la part d'un Français parce qu'elle compromettrait l'ordre public, soit tolérée de la part d'un étranger, et ce serait autoriser une pareille infraction que de souffrir l'application d'une loi qui méconnaîtrait ces principes. Le respect de l'ordre public s'impose également à tous et s'il était possible, en pareille matière, de statuer des exceptions, ce ne serait certes pas au profit des étrangers qu'il faudrait les faire.

---

[1] Cp. Laurent, t. II, p. 342.

[2] Il est en effet universellement admis aujourd'hui que la sauvegarde de l'ordre public n'est pas nécessairement liée à l'application territoriale de toutes les lois sans exception.

Français et étrangers sont donc complètement égaux au point de vue de l'application des lois d'ordre public, et, en cas de conflit, la loi généralement compétente perd sa compétence quand le salut de l'État est en jeu.

Historique.

Il semble que ce principe ait dû s'imposer de tout temps, il n'en est rien cependant ; et on peut dire sans inexactitude que la notion de l'ordre public ne s'est dégagée que dans le droit actuel. Ce n'est pas cependant que l'on ne trouve chez les auteurs anciens quelque préoccupation des intérêts auxquels correspond chez nous l'ensemble des lois dites d'ordre public, mais ces préoccupations sont rares, isolées, sans lien entre elles, et, parmi les anciens, on ne trouve pas de jurisconsulte qui ait exprimé ou même sous-entendu cette idée qu'en matière d'ordre public et par la seule raison de nécessité, il n'y a pas de conflit possible, la seule loi applicable étant évidemment celle du lieu où la question est posée.

Droit romain.

Les Romains ont-ils en matière de conflits de lois fait la part de l'ordre public? La question ainsi posée ne paraît pas susceptible d'être tranchée autrement que par de simples hypothèses, car elle suppose que les Romains avaient un système touchant la solution des conflits de lois, ce qui n'est rien moins que démontré. Voici au surplus ce qui pourrait expliquer le silence des sources sur ce point. Il est certain d'abord que, dans les temps anciens, et jusqu'à la fin de la république, les Romains, considérant leur *jus civile* comme un apanage exclusif des citoyens, se seraient bien gardés d'en étendre l'application aux pérégrins même là où cette application intéresse l'ordre public. Nous avons la preuve de cette affirmation soit dans la nécessité qui s'imposa aux Romains de faire une loi spéciale pour étendre aux Latins les mesures prises contre les usuriers [1], soit dans ces formules d'actions pénales dans lesquelles on supposait fictivement au délinquant la qualité de citoyen romain pour pouvoir le soumettre à l'action de la loi [2]. Plus tard lorsque le titre de citoyen prodigué se fut avili, et avec lui le caractère exclusif du *jus civile* fut tombé, les mêmes raisons ne mettaient plus obstacle à l'extension aux non citoyens des lois d'ordre public. Il est certain qu'à une époque où

---

[1] Tit.-Liv., liv. XXXV, 7.

[2] G., IV, § 37.

Rome était encombrée par une foule de barbares, des mesures sévères durent être prises par les empereurs pour assurer envers et contre tous l'ordre public. Et, d'autre part, nous ne voyons exposé nulle part le principe de la territorialité des lois de cet ordre. Peut-être est-il admissible d'imputer ce silence à ce que le *præfectus urbis* avait reçu de l'empereur (not. par un rescrit de Septime Sévère), le soin d'assurer la tranquillité publique daus le ressort de Rome et de ses environs [1]. Or, en matière de *cognitio extraordinaria*, rien ne nous autorise à croire que la compétence du magistrat jugeant *extra ordinem* fût restreinte aux seuls citoyens. Il est raisonnable de penser que ce pouvoir s'étendait sur tous les habitants de Rome sans distinction. Si cette conjecture est fondée, on s'expliquera sans peine qu'aucune mention particulière ne soit faite de l'application des lois d'ordre public. Cette matière était comprise presque en entier dans la compétence de juridictions exceptionnelles qui appliquaient déjà, comme lois territoriales, les lois pénales dont elles assuraient l'exécution. Par contre, rien ne permet de conjecturer qu'il y ait jamais eu à Rome des lois civiles d'un effet territorial en raison de leur caractère de lois d'ordre public.

Période gallo-franque.

La période qui suivit la chute de l'empire romain et l'invasion de son territoire par les tribus germaniques présente à coup sûr, au point de vue du droit, la situation la plus bizarre, la plus contraire à nos idées modernes qui se soit jamais produite. C'est précisément au sujet des lois d'ordre public que cette bizarrerie est plus frappante. Elle se révèle par deux traits principaux, le soin laissé aux particuliers intéressés d'assurer l'ordre en poursuivant eux-mêmes la vengeance appelée par un délit dont eux-mêmes ou quelqu'un de leur famille avaient souffert, et par suite le droit à eux reconnu de recevoir la composition légale dont le paiement mettait fin aux poursuites. C'est ensuite le principe que chacun en toutes matières, même lorsque l'ordre public était le plus directement en jeu, ne devait jamais être jugé que suivant la disposition de sa loi personnelle.

A ces traits, l'on doit reconnaître que la notion de l'ordre public, l'idée d'une application égale pour tous des lois y ayant quelque

---

[1] La loi I, § 3, *de off. præf. urb.* (I, 12), nous apprend qu'il avait le droit d'appliquer certaines peines qui pouvaient aller jusqu'à la déportation.

rapport, n'avait nullement pénétré dans l'intelligence de ces législateurs primitifs. Quelle est la raison de cette singularité? Les uns la voient dans le dédain des vainqueurs à l'égard des vaincus, d'autres dans une pensée politique qui portait les premiers à éviter tout ce qui aurait pu entraîner une fusion entre eux et les possesseurs du sol, d'autres enfin (et leur opinion nous paraît la plus probable) pensent que les hordes victorieuses établies dans le monde romain n'avaient pas une conscience nette de leur souveraineté, de leurs droits et de leurs devoirs, que dès longtemps habituées à des incursions périodiques sur les terres de l'empire, elles se considérèrent longtemps comme des étrangers campés sur les terres plus fertiles et plus riches d'un peuple étranger. Quoi qu'il en soit, l'idée de l'ordre public n'était pas née à cette époque, et ce fait paraîtra moins étonnant lorsqu'on aura vu avec quelles difficultés elle est parvenue plus tard à se faire accepter.

Cependant ces idées générales doivent être complétées par deux observations qui en diminuent la portée en nous montrant à cette époque même de personnalité à outrance certaines lois d'ordre public appliquées à tous sans distinction d'origine :

1° D'une part, beaucoup de capitulaires avaient pour objet des matières d'ordre public et notamment de droit criminel. Or, on sait que les capitulaires jouissaient d'une autorité absolue, toutes les fois où ils n'étaient pas de simples suppléments ajoutés à une loi particulière ;

2° D'autre part, il est certain que le comte avait à cette époque un droit de juridiction personnelle qu'il exerçait sans l'assistance des rachimbourgs ni des scabins. Ce droit se référait précisément aux matières criminelles et donnait lieu à la prononciation de peines corporalles. Il est évident que cette juridiction du comte comprenait tous les habitants sans distinction. Il y avait donc déjà un droit d'ordre public territorial[1].

Nous touchons aussi à l'époque de la féodalité, époque à laquelle, pour la première fois, la matière des conflits de lois a reçu des solutions scientifiques et donné lieu à l'édification de théories raisonnées. Époque féodale.

Remarquons d'abord que ni les postglossateurs, ni les statutaires

---

[1] Beaudoin, *Partic. des hommes libres au jugement dans le dr. franç.*, pp. 246 et s.

n'ont jamais traité, d'une façon générale, de l'ordre public et de son influence sur la solution des conflits ; cela est si vrai que je ne crois pas que l'on rencontre nulle part les deux mots ordre et public accouplés l'un à l'autre [1]. C'est que, pendant toute la durée de notre ancien droit, l'habitude était prise de ne pas considérer les conflits de lois d'en haut ni suivant des formules tout à fait générales, mais bien dans celles de leurs applications pratiques qui donnaient lieu aux difficultés les plus délicates et les plus graves. C'est ainsi que pendant des siècles les mêmes questions particulières sont successivement traitées par tous les auteurs même par ceux qui prétendent à la généralité la plus grande : bien plus, il est telle espèce qui, proposée par Bartole ou Balde, se retrouve textuellement dans les ouvrages de Boullenois ou de Bouhier. Cette méthode a certainement été contraire au développement de notre science ; dans la question qui nous occupe elle a été fatale. On rencontre généralement dans les auteurs des solutions soit sur les conflits des lois pénales, qui sont toutes d'ordre public, soit sur les conflits entre lois prohibitives dont beaucoup présentent ce même caractère, mais l'habitude était si invétérée et l'ornière si profonde qu'on ne trouve personne ayant eu l'idée de réunir toutes ces lois d'ordre public et de se demander si ce caractère commun ne devait pas exercer une influence quelconque sur la solution des conflits auxquels elles donnaient naissance.

---

[1] On a coutume de caractériser l'époque féodale en disant qu'elle a au contraire exagéré l'idée de l'ordre public, et que de cette exagération est né le brocard : toutes coutumes sont réelles. Nous ne croyons pas que cette appréciation soit juste (V. not. en ce sens Laurent, *Dr. intern.*, t, II, p. 343, et Despagnet, *J. d. i. p.*, 1889, p. 9). Sans doute la propriété immobilière avait alors un caractère politique qui justifiait la territorialité des lois la concernant, mais cette remarque faite, il est peu probable que les feudistes aient fondé sur des raisons d'ordre public leur maxime. La seule raison qu'ils en aient donnée est cette idée alors incontestée que chaque législateur a un droit exclusif de législation sur les hommes et les choses comprises dans les limites de son territoire. De plus, la notion d'ordre public est fondée sur le devoir qui incombe à l'État de garantir la sûreté et la tranquillité sur ses domaines. Si les jurisconsultes anciens avaient pris cette idée comme point de départ, ils n'auraient pas donné une portée aussi générale à leur principe. S'ils l'ont fait c'est qu'ils considéraient que la territorialité des lois procédait non pas d'un devoir de l'État, mais d'une sorte de droit de propriété qu'ils lui reconnaissaient sur tous les êtres animés ou inanimés matériellement soumis à sa puissance. En résumé, à cette époque, il n'y avait d'autre ordre public que l'intérêt et la volonté du souverain.

De cette pratique il résulta ceci : les questions posées par Bartole, Balde et leurs contemporains, se retrouvent avec les réponses qu'ils y faisaient, dans les ouvrages des derniers d'entre les jurisconsultes dits statutaires, de Boullenois ou du président Bouhier, par exemple. Pas un progrès n'a été accompli, pas une idée nouvelle n'a été émise dans le long espace de quatre siècles qui sépare ces jurisconsultes. Bartole[1], le premier en date des auteurs qui, en matière de conflits, ont joui d'une véritable célébrité, traite des délits commis sur le territoire par les étrangers et résout la question d'application de la loi locale par la distinction suivante. Ou l'infraction commise est un délit de droit commun (pour les Italiens de cette époque, le droit romain était le droit commun) et l'étranger subira l'application du statut local, ou elle n'est pas un délit de droit commun, et alors il ne sera passible de la peine prononcée par la loi locale qu'autant qu'il connaissait l'existence de la prohibition qu'il a enfreinte. Plus loin, il parle des statuts prohibitifs qui ne présentent pas un caractère pénal. M. Lainé[2] observe avec raison que les solutions du jurisconsulte sur ce point sont pénibles et confuses. La pensée qui paraît s'en dégager est que Bartole attachait une grande importance au caractère favorable ou odieux du statut et qu'il inclinait à considérer les statuts odieux comme territoriaux, dans la pensée d'en limiter la portée, en soustrayant à leur influence les biens des nationaux situés hors du territoire national. Ce système s'inspire incontestablement d'un grand esprit d'équité, mais il démontre bien aussi qu'au temps de Bartole les jurisconsultes ne se faisaient pas une idée exacte des exigences de l'ordre public ou tout au moins ne prenaient pas ces exigences en considération, quant à la solution des questions de conflit.

**Jurisconsultes statutaires.**

Dumoulin, préoccupé par sa distinction des statuts réel et personnel ne paraît avoir donné aucune attention à l'ordre public. Traitant des délits, il reproduit purement et simplement la distinction de Bartole[3], qui était encore pour lui le dernier mot de la science.

D'Argentré, l'adversaire acharné des idées de Dumoulin, ne jette pas sur la question des lumières nouvelles. Cependant il est à noter qu'il reconnaissait bien l'ordre public comme constituant le fonde-

[1] V. Lainé, *Introd. au dr. int. privé*, t. I, pp. 137 et s.
[2] *Id.*, p. 147.
[3] T. III, p. 557.

ment de certaines lois, car il nous parle quelque part de nullités qui « *publicum primiario et principaliter respiciunt.* » Du reste, pas de mention de l'ordre public comme fondement de la territorialité du droit. Son silence est du reste assez facile à justifier. D'Argentré et avec lui les réalistes avaient peu de raisons de s'occuper de l'ordre public. La territorialité des lois étant pour eux la règle, règle dont ils ne s'écartaient que dans des cas assez rares et pour des raisons sérieuses, ils n'avaient que faire de la considération de l'ordre public pour prononcer la territorialité des lois présentant ce caractère : il suffisait, pour arriver à ce résultat, de les laisser sous l'empire de la règle générale.

Guy Coquille[1], s'il ne parle pas de l'ordre public fait souvent mention des bonnes mœurs et leur donne sur la décision des questions de conflits, une influence à coup sûr inattendue de nous. Les statuts qui intéressent l'honneur et les bonnes mœurs de la personne doivent être considérés comme personnels et suivre la personne en tous lieux ; ceux au contraire qui dérivent de la seule force de la loi seront tenus pour réels. C'est que Coquille prend l'expression de bonnes mœurs dans un sens très général et tout à fait subjectif. Pour nous, et au point de vue spécial de notre science, on doit entendre par bonnes mœurs le minimum de moralité nécessaire pour que l'existence de l'État ne soit pas compromise ; pour lui les mêmes mots embrassaient tout ce qui est statué par le législateur en vue d'assurer ou de développer la moralité de la personne ; ainsi entendue, on conçoit que cette expression se rapportait surtout aux lois personnelles. Quant aux dispositions qui dérivent de la seule force de la loi, ce serait, ce semble, faire œuvre d'imagination que d'y voir les lois d'ordre public.

Nous trouvons dans Jean Voet[2] plusieurs mentions très nettes de l'ordre public. C'est ainsi qu'il nous parle de « *statuta quæ respiciunt ad publicam utilitatem quo et reducenda quæ ad publicam honestatem pertinent.* » Ce n'est pas du reste qu'il fasse dans sa théorie sur les conflits plus d'usage de ces considérations que n'en avaient fait ses prédécesseurs. S'il les emploie, c'est pour soustraire à toute influence de la volonté des particuliers les lois de cette espèce. Cependant,

---

[1] Quest. 131, 135, 159, 227, 237.

[2] T. I, p. 49.

comme il remarque que les étrangers pas plus que les nationaux ne peuvent, par leurs conventions, suspendre l'application des lois d'ordre public, on peut avec certitude avancer que ces mêmes considérations l'auraient déterminé à donner en pareille matière la préférence à la loi locale sur les lois étrangères. Que s'il ne l'a pas expressément décidé, c'est que cela lui était inutile, à lui le plus absolu de tous les réalistes.

Passons enfin aux ouvrages des derniers d'entre les jurisconsultes statutaires de Bouhier, de Boullenois. Ceux-ci écrivaient à une époque où les principes réels et féodaux, quoique n'ayant jamais été abrogés avaient perdu par désuétude la plus grande part de leur force et presque toute influence sur les esprits. Il était permis d'attendre d'eux une théorie plus large et plus conforme à la justice que celle de leurs devanciers. Sur certains points cette attente n'a pas été trompée et ils ont mérité le nom de jurisconsultes progressistes qui leur a été donné sur d'autres ; et sur le nôtre en particulier, il faut convenir qu'elle a été complètement déçue.

Le président Bouhier[1] fait de fréquentes mentions des prohibitions fondées sur causes publiques, et il entend par là celles qui regardent le bien universel des peuples, les bonnes mœurs et l'honnêteté publique, mais il est élève de Coquille et, dans sa Règle III, nous dit que tout statut qui renferme une prohibition aux personnes qui lui sont soumises pour quelque cause publique est personnel. Il donne cette raison que c'est le vœu commun des législateurs des provinces et leur intérêt mutuel. Il va plus loin. Même s'il s'agit d'une disposition qui ne tombe pas précisément sur les personnes, la seule considération qu'elle a une cause publique et regarde le bien général de la société doit suffire à la rendre personnelle. Dans les applications qu'il fait de ses idées sur ce point (ch. XXVII), Bouhier arrive à nous dire que l'ordonnance de 1629 sur les substitutions qui pouvait donner lieu à des conflits (parce qu'elle n'avait pas été enregistrée par tous les parlements) doit être considérée comme matière personnelle, et que notamment la disposition de l'article 125 de l'ordonnance, contenant prohibition des substitutions dans les testaments de personnes rustiques, produira des

---

[1] *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, t. I, p. 450 et s. (éd. de 1742).

effets extra-territoriaux, parce que cette disposition est fondée sur une considération d'utilité publique. C'est là une solution que notre pratique moderne ne ratifierait certainement pas et avec raison.

La réalité (ch. XXIX et s.) est, pour Bouhier, exclusivement attachée à la terre et par lui réservée aux lois qui ont un rapport particulier avec le régime de la propriété foncière. Dans un chapitre particulier (XXXIII) il traite des statuts concernant la police et les déclare réels, mais les explications qu'il donne sont de nature à faire penser que ces statuts sont territoriaux en ce sens qu'ils ne peuvent être étendus en dehors du territoire, mais non pas en ce sens que dans les limites du territoire ils seraient applicables même aux étrangers. Bouhier nous dit, en effet, qu'en ces sortes de choses les législateurs n'ont porté leurs vues que sur les personnes et les choses soumises à leur autorité[1].

La matière des délits est traitée par Bouhier dans son ch. XXXIV. Il adopte la double distinction de Bartole, entre les délits conformes ou non conformes au droit commun, et, quant à ces derniers, entre l'hypothèse où le forain connaissait l'existence de la loi qu'il violait et l'hypothèse contraire. Remarquons en passant que la première de ces deux distinctions était bien moins admissible chez Bouhier que chez Bartole, A l'époque de Bartole, il existait réellement en Italie un droit commun, c'était le droit romain. Existait-il en France, au XVIIIe siècle, un droit commun, ce point est contestable, et surtout quel était ce droit commun? Bouhier le voyait dans le droit romain, d'autres (Coquille était déjà de cet avis) dans le droit coutumier; de telle sorte que ce n'était rien dire de net ni de précis que de distinguer entre les délits conformes ou contraires au droit commun. Bouhier va même plus loin que Bartole dans cette voie de compromissions, car il admet que lorsque les délits sont punis à la fois par la loi du domicile et la loi du lieu où le fait s'est passé, de ces deux lois c'est la plus douce qui doit être appliquée. Rien ne saurait prouver plus sûrement combien la notion de la nécessité des lois

---

[1] Une des circonstances qui empêchent le plus souvent de pénétrer les vues des auteurs anciens est que souvent ils qualifient un statut de réel ou de personnel par rapport aux nationaux, sans entendre lui attribuer le même caractère par rapport aux étrangers. C'est une conséquence du peu de généralité de leurs vues en matière de conflits de lois.

d'ordre public était éloignée de son esprit. Ajoutons, pour en finir avec ses doctrines, qu'il se prononce pour la réalité des lois exorbitantes du droit commun ou manifestement injustes, à cause simplement de leur caractère exceptionnel et haineux.

Nous rencontrons dans Boullenois peu de choses sur la matière qui nous intéresse. Cependant, au début de son ouvrage[1], il pose une règle (la cinquième) d'après laquelle il est loisible au souverain de faire des lois pour les étrangers qui passent dans ses états : ce sont communément des lois de police faites pour le bon ordre. Plus loin (tit. I, ch. III, obs. 11), interprétant le principe de Rodenburgh, qu'on peut défendre à un justiciable de faire quelque chose hors du territoire, il observe que certains règlements doivent être observés par les simples passants aussi bien que par les domiciliés, et plus loin encore, que le prince peut ordonner ce qu'il juge convenable pour le bien de ses états et punir les contrevenants, même étrangers. Pour ce qui est de la police personnelle, l'application au forain de la loi pénale dépend d'après lui du temps qu'il a passé dans le pays. Détail curieux et qui mérite une place dans cette étude, il fait mention d'un passage des Confessions de saint Augustin, où il est question de certaines conventions générales sur lesquelles subsiste chaque état ou nation, et qu'il n'est permis ni aux citoyens ni aux étrangers de violer. Il est curieux de rencontrer sous la plume d'un théologien la seule bonne définition de l'ordre public que l'on trouve dans notre droit ancien.

Pothier, qui traite de la distinction des statuts, ne dit rien de l'ordre public.

Les auteurs dont nous venons d'analyser les ouvrages sont loin d'être les seuls qui aient traité des questions de conflits, mais ce sont les plus considérables d'entre eux, et soit par leurs opinions propres, soit par les références qu'on trouve chez eux, ils permettent d'affirmer que nos auteurs anciens n'avaient pas une idée nette de l'ordre public et de l'influence qu'il doit exercer sur la solution des conflits de lois[2]. Comment expliquer que des idées aussi simples

---

[1] Personnalité et réalité des statuts.

[2] Laurent rapporte, d'après Story, qu'un auteur, du reste assez connu, Hubérus, déclarait qu'un État n'est jamais forcé de reconnaître les lois, les contrats ou les actes

que celles-là leur aient complètement échappé. On s'en rendra compte si l'on songe que, depuis Dumoulin, nos anciens auteurs croyant à tort ou à raison que l'effet territorial ou extra-territorial d'une loi doit dépendre de la nature réelle ou personnelle de son objet, travaillaient exclusivement à rechercher quelles lois se référaient aux biens, quelles autres à la personne ; c'était là pour eux non seulement la première, mais la seule question du droit international, c'était l'objet d'une préoccupation constante et tyrannique qui les empêchait de voir qu'il y avait peut-être en dehors de ce cercle qu'ils s'étaient tracé, d'autres idées, celle de l'ordre public, par exemple, qu'il eût été juste de prendre en considération et qui auraient pu faire varier sur certains points leurs opinions.

Il est nécessaire d'observer aussi que les conflits s'élevaient très généralement alors dans des conditions différentes de celles qui les déterminent actuellement. Ils surgissaient de province à province et non d'État à État. Parmi les questions d'ordre public, il en était beaucoup qui étaient tranchées par les ordonnances et relativement auxquelles aucun conflit ne pouvait s'élever, et celles-là même qui ne présentaient pas ce caractère recevaient probablement dans les diverses coutumes des solutions sensiblement analogues, puisque ici et là il s'agissait toujours de l'ordre public d'un même pays, reposant partout sur les mêmes bases, manifestant partout des exigences identiques. Ces considérations, si elles sont admises, ne sont point pour faire absoudre les jurisconsultes anciens du légitime reproche d'oubli qui peut leur être fait, mais pour montrer comment, en fait, cet oubli a pu être commis.

## II.

### DE LA DÉTERMINATION DES LOIS D'ORDRE PUBLIC ET DE LEUR CARACTÈRE EXCEPTIONNEL.

Les rédacteurs du Code civil ont déclaré dans l'art. 3, § 1er, que les lois de police et de sûreté obligent, sans distinction de nationalité,

---

contraires à son intérêt ou en opposition avec son droit public. Il est à remarquer que cette formule est empruntée à un jurisconsulte hollandais partisan de la *comitas* et qui mettait sur la même ligne l'intérêt et le droit public. C'est donc qu'il n'avait pas de l'ordre public une notion exacte.

tous ceux qui habitent le territoire, et les explications par eux fournies, à l'occasion du projet de loi, ne permettent pas de douter qu'ils n'aient entendu comprendre sous cette dénomination toutes les lois d'ordre public, Avec eux nous entrons dans le droit contemporain, où la territorialité des lois d'ordre public nous apparait comme une maxime incontestée. Nous ne voyons d'autre explication plausible de cette subite évolution, que celle que l'on peut tirer de la transformation sociale qui a marqué la fin de notre ancien droit.

**Reconnaissance du principe de la territorialité des lois d'ordre public par le droit actuel.**

Lorsque la disparition des derniers vestiges de la féodalité fut un fait accompli, la maxime « toutes coutumes sont réelles » perdit sa raison d'être, et les jurisconsultes, délivrés des entraves qu'elle leur imposait, purent chercher en toute liberté les meilleures solutions des conflits de lois. Qu'ils soient arrivés d'abord à cette idée que les lois d'ordre public sont territoriales, cela n'a rien qui doive nous étonner. La nécessité de soumettre à ces lois les étrangers comme les nationaux est évidente et ne pouvait manquer de les frapper.

**Terminologie.**

Il importe peu, du reste, tout le monde étant d'accord sur le principe lui-même, en France et à l'étranger. Cet accord ne va pas cependant jusqu'à l'adoption d'une terminologie unique, et un premier doute s'élève sur ce point. Les mots lois de police et de sûreté ont vieilli et, du reste, ils n'expriment pas une idée assez générale pour correspondre à toutes les lois territoriales, en raison d'une nécessité politique. Ils sont cependant employés encore par MM. Aubry et Rau et Colmet de Santerre. Fœlix[1] nous parle des lois qui préjudicient au droit de souveraineté ou aux droits de nationaux. Cette dernière expression est particulièrement dangereuse, car elle peut induire à penser que la seule considération des intérêts particuliers des nationaux d'un pays est une raison suffisante d'écarter dans ce pays l'application d'une loi étrangère. Nous ferons le même reproche à Demolombe, qui (t. I, p. 85) met sur la même ligne l'ordre public et l'intérêt public : ou ce dernier mot est synonyme du précédent et inutile, ou il comprend quelque chose de plus, et alors il est inexact, ainsi que nous le démontrerons bientôt. Les auteurs les

---

[1] P. 19.

plus récents, Brocher, Fiore, Asser et Rivier, Despagnet, Weiss, se servent du mot d'ordre public. Les arrêts l'emploient communément aussi. Les Allemands ne paraissent pas posséder d'expression équivalente à celle-là. Aussi s'attachent-ils de préférence à la forme extérieure de la disposition légale. De Wœchter[1] parle de « *leges cogentes* » et dit qu'il entend par là notamment désigner les lois basées sur des motifs politiques ou de police, moraux ou religieux. De Bar[2], qui dans sa première édition employait le terme de lois prohibitives, se sert souvent dans la seconde du mot ordre public *(Œffentliche Ordnung)* que, du reste, il critique comme manquant d'une signification précise. Savigny n'emploie pas d'expression correspondante à la nôtre. Il parle de lois d'une nature positive, rigoureusement obligatoires (t. VIII, pp. 36 et s.), et les déclare territoriales, si elles ont leur motif et leur but en dehors du domaine du droit conçu abstractivement, ou, plus simplement, si elles ne sont pas faites uniquement dans l'intérêt des personnes titulaires des droits[3].

De toutes ces expressions, celle d'ordre public nous paraît seule pouvoir être retenue. D'une part, elle exprime assez clairement cette idée qu'il s'agit de lois nécessaires, car les mesures d'ordre ne sont prises que pour raisons de nécessité, et, d'autre part, elle a l'avantage de n'être pas susceptible d'une interprétation arbitraire, car il est le plus souvent facile à constater en fait si l'ordre se trouve et ne se trouve pas compromis dans telle hypothèse déterminée. Laurent se refuse à accepter cette expression, parce qu'elle porte à confondre les lois dont il s'agit ici avec celles que la législation place au-dessus de la volonté des particuliers et que l'on appelle aussi lois d'ordre public. Ce même mot est employé plusieurs fois par le Code civil avec des sens différents : aussi donne-t-il la préférence à l'expression

---

[1] Archiv., t. XXIV, p. 266.

[2] *Das int.*, 1re éd., p. 108, et 2e éd., pp. 95 et s.

[3] L'Institut de droit international a adopté, dans sa session d'Oxford, la formule suivante : « En aucun cas les lois d'un État ne pourront obtenir reconnaissance et effet sur le territoire d'un autre État si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public ». L'emploi de ces deux expressions était au moins inutile, puisque c'est toujours la même nécessité qui justifie la territorialité des lois, soit de droit public, soit d'ordre public.

« droits de la société[1] ». Nous nous réservons de montrer plus tard que le reproche de Laurent est injuste : bornons-nous maintenant à observer que le terme qu'il propose a, dans l'usage, une signification extrêmement vague et partant peu scientifique[2].

Recherche du signe distinctif des lois d'ordre public.

Notre terminologie se trouvant ainsi décidée, il faut déterminer maintenant quelles sont les lois d'ordre public, ce que l'on doit entendre par là, à quel signe on reconnaîtra qu'une loi doit ou ne doit pas être comprise dans cette classe. Nous avons au début donné une première idée de la question : il s'agit maintenant de la préciser et de la compléter.

Constatation du caractère exceptionnel des lois d'ordre public.

Il convient de remarquer d'abord que l'idée d'ordre public a, en droit international, pour effet immédiat de suspendre l'application des principes ordinaires et de lui substituer, dans tous les cas, la territorialité du droit. L'ordre public est donc toujours la cause d'une exception, et cette exception, en vertu d'une règle connue, ne peut être interprétée que strictement. Les lois d'ordre public ne sont pas seulement exceptionnelles dans leur effet, elles le sont aussi lorsque l'on considère leur nature et leur rôle dans l'ensemble de la législation. Il est incontestable en effet que, d'après nos idées actuelles, le législateur n'est pas le véritable auteur des droits de l'individu, mais simplement leur garant, ces droits résultant du reste du seul fait de l'existence de l'homme et de ses facultés. Tant que l'on a pu soutenir que le droit était une concession gracieuse du souverain, on a pu penser aussi que la considération de l'ordre public était la base générale des droits individuels : aujourd'hui où l'opinion contraire prévaut, la liberté humaine est la règle, et les limitations apportées à cette liberté, au nom de l'ordre public, ne se justifient qu'autant qu'elles sont réduites au strict nécessaire et confinées

---

[1] T. II, p. 371.

[2] De Martens critique aussi l'expression parce qu'il est difficile d'imaginer une relation juridique quelconque n'ayant pas quelque rapport avec l'ordre public. La remarque est juste, la critique ne l'est pas. Nous n'entendons pas en effet par lois d'ordre public celles qui sont simplement conformes à l'ordre public, mais celles dont les dispositions sont essentielles au maintien dudit ordre public. Entendue en ce sens l'expression n'a plus rien de vague et vaut certainement autant que les mots « lois illégitimes ou immorales », par lesquels de Martens veut la remplacer. *Dr. intern.*, t. II, p. 414.

dans leur rôle d'exceptions[1]. Il suit de là que l'on devra n'admettre comme lois d'ordre public que celles auxquelles il sera nécessaire d'attribuer ce caractère. En d'autres termes, il ne suffira pas qu'une loi soit conforme à l'ordre public, ou même propre à assurer son maintien, pour qu'elle soit réellement d'ordre public, il faudra qu'elle soit indispensable à cet ordre public, que l'absence de ses dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre public. Le caractère exceptionnel des lois d'ordre public étant donné, ce sont des idées qui s'imposent. S'il est évident, d'une part, qu'une disposition légale essentielle au maintien de l'ordre public doit recevoir une application absolue, il n'est pas moins certain que donner le même effet à une loi qui n'offre pas ce caractère, aboutit à léser sans nécessité les intérêts particuliers qui eussent été garantis par l'application des principes, c'est-à-dire à une injustice.

Quelles lois sont essentielles au maintien de l'ordre public.

Reste à savoir maintenant quelles lois peuvent être considérées comme essentielles au maintien de l'ordre public. Nous pouvons dès à présent poser sur ce point quelques idées générales que nos explications ultérieures auront pour objet de compléter.

Toutes les lois nécessaires à la conservation de l'état sont d'ordre public.

La détermination des lois d'ordre public est un sujet difficile et que nous ne prétendons point épuiser ici. L'essentiel, pour le moment, est de savoir à quels caractères généraux on les reconnaîtra. Nous savons déjà que le fondement de la territorialité des lois d'ordre public est dans le devoir dont l'État est tenu de garantir la conservation de la société. Notre question nous conduit donc tout d'abord à rechercher quels sont, parmi les objets si divers des lois, ceux dont l'importance est telle qu'ils doivent être réputés essentiels à la conservation de l'État. Pour certaines lois la question est facile à trancher. Les lois touchant l'organisation politique ou administrative de l'État présentent évidemment ce caractère. Il n'est aucune de leurs dispositions qui ne prime et n'exclue les dispositions correspondantes des lois étrangères : aussi Demolombe observe-t-il avec raison que les étrangers sont tenus en France, comme les nationaux eux-mêmes, d'obéir aux ordonnances et aux règlements de police faits par les

Lois politiques et administratives.

[1] V. sur le rôle de l'état et les diverses théories auxquelles il a donné lieu de Holtzendorff. *Principes de politique*, trad. Labr., ch. VII, p. 113. — Allezard, *La liberté*, ch. IX, pp. 62 et s.

autorités compétentes (t. I, n° 70). C'est en vertu du même principe que les étrangers en instance devant nos tribunaux doivent se soumettre aux règles de compétence et de procédure prescrites pour nos nationaux. Ces réglementations intéressent la bonne administration de la justice, et on ne saurait déroger à leurs prescriptions sans compromettre l'ordre public. Observons cependant que beaucoup de ces lois, parmi les lois politiques surtout, sont relatives aux seuls Français, et que les étrangers ne jouissant pas des droits qu'elles consacrent, aucun conflit ne peut, par rapport à elles, s'élever. Observons aussi que les lois politiques et administratives les plus directement liées à l'ordre public peuvent recevoir exception à l'égard de certaines personnes que leur qualité de représentants d'une nation étrangère place au-dessus même des exigences de l'ordre public territorial. C'est là un principe traditionnel certain commandé par le respect dû à l'indépendance respective des nations.

Lois pénales.

Une seconde classe de lois est à cet égard analogue à la précédente, celle des lois pénales. Leur nécessité est si patente que toute explication serait ici superflue. L'étranger qui se sera rendu coupable en France d'un délit, et nous pensons ici le mot délit dans son acception la plus étendue, sera donc puni et puni comme un Français le serait lui-même à sa place, non pas comme on l'a dit, parce qu'il est devenu le sujet du pays où il s'est transporté, mais parce que la nécessité le veut ainsi, l'État ne pouvant assurer l'ordre qu'à la condition de confondre, au point de vue de la répression, les étrangers et les nationaux. Toutes les fois donc où l'on sera en présence d'une loi répressive et où un texte spécial n'aura pas spécialement réservé l'application de cette loi aux seuls nationaux, elle devra être de plein droit étendue aux étrangers.

Lois civiles.

Jusqu'ici la détermination des lois d'ordre public est aisée, elle devient difficile, au contraire, aussitôt que l'on s'écarte des lois soit politiques, soit répressives. Parmi les lois civiles, la plupart sont des lois d'intérêt privé : quelques-unes exceptionnellement touchent à l'ordre public, la difficulté est de trouver des principes qui permettent de les découvrir. Le plus sûr est encore ici de nous attacher à l'idée du devoir qu'a l'État de se conserver. Voici les raisons qui nous détermineront à nous arrêter à cette idée. D'une part, il est certain que la société, encore qu'elle ne soit relativement à l'individu qu'un moyen, constitue un moyen nécessaire, en l'absence duquel les

Il n'y a de lois d'ordre public que celles qui sont indispensables à la conservation de l'État.

droits les plus élémentaires des particuliers seraient remis en question, donc aussi que la conservation de la société est indispensable et que l'application d'une loi étrangère ne saurait être tolérée si elle est jugée menaçante au point de vue de cette conservation. D'autre part, si l'on sort de cette idée élémentaire et nette de la conservation de la société, on tombe fatalement dans l'incertitude et par là dans l'arbitraire. Si l'on parle d'intérêt social on arrive aux doctrines qui font de la convenance ou de l'utilité les seules règles du droit international privé, si l'on entend par ordre public les droits de la société, c'est-à-dire (Laurent, t. II, p. 345) ceux qui concernent l'existence, la conservation et le développement de la société, on va également trop loin, car il n'est pas de loi que l'on ne puisse juger essentielle au développement de la société. Si enfin l'on emploie le terme de lois coactives ou absolues, on se condamne à des erreurs certaines, car la forme de la loi importe peu et souvent une loi absolue relativement aux nationaux ne l'est pas par rapport aux étrangers.

En somme, en dehors de la question d'existence et de conservation de la société, on n'en aperçoit pas dont l'importance soit telle qu'elle doive faire céder les principes ordinaires du droit international. C'est une raison suffisante de nous en tenir à la seule idée de la conservation sociale et de ne réputer d'ordre public que les seules dispositions légales dont l'absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de notre état social.

Nous n'admettrons donc dans cette catégorie que ceux des commandements du législateur qui présentent un caractère de nécessité sociale.

Même réduite à ces termes et restreinte à cette formule, la question n'est pas pour cela résolue, car il nous reste à nous demander quelles sont, parmi les lois civiles, celles qui peuvent être jugées essentielles à la conservation de l'État.

Lois civiles d'ordre public.

La conservation de l'État est menacée lorsque de l'application d'une loi étrangère, il résulterait quelque danger, soit pour son ordre matériel, soit pour son ordre moral, soit pour son ordre économique[1].

---

[1] M. Mancini a dit : « L'ordre public dans tout pays comprend aussi (en dehors du droit public), dans la large acception du mot, le respect des principes supérieurs

Lois civiles d'ordre matériel.

L'ordre matériel est chose si importante dans l'État que la plupart des prescriptions relatives à ce sujet sont sanctionnées par des peines : on serait donc tenté de confondre ces lois avec les lois pénales : il n'y a pas identité cependant et l'on n'a pas de peine à trouver des exemples de prescriptions légales intéressant l'ordre matériel dans l'État et qui cependant ne sont sanctionnées par aucune peine. Telles sont les lois sur l'assistance publique. Tel est encore, dans un ordre d'idées plus complètement civil le principe de la responsabilité de la personne en matière de quasi-délits (1383, Civ.) ou le principe tout voisin qui oblige chacun à réparer le dommage causé par les personnes qu'il a sous sa garde ou à son service. Nous ne pensons pas que l'on puisse douter de l'application de pareilles lois aux étrangers en France : elles sont relatives à la garantie de l'ordre matériel de l'État, elles sont donc territoriales.

Lois civiles d'ordre moral.

La difficulté devient plus grande lorsqu'on essaie de déterminer quelles sont les prescriptions morales que l'on peut réputer d'ordre public. Souvent, en droit, principalement lorsqu'il est question de la condition des personnes, on rencontre des lois qui ont un caractère moral, mais la vérification de l'existence de ce caractère ne doit pas suffire pour en faire des lois d'ordre public, car il en est beaucoup parmi elles qui ne sont pas nécessaires mais simplement utiles, qui ne consacrent pas des principes essentiels à la conservation des mœurs nationales, qui édictent simplement des règles propres à établir entre les personnes, des relations juridiques conformes à ce que la conscience nous représente comme étant le plus moral. Prenons un exemple. De toutes les règles qui gouvernent la matière de la filiation, il n'en est aucune qui soit indépendante de toute question morale, et cependant il serait contraire soit au vœu du législateur soit à la raison la plus élémentaire de les appliquer indistinctement aux étrangers qui séjournent sur notre territoire. On leur étendra sans difficulté la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, car elle engage évidemment un intérêt d'ordre public, on se refusera au contraire et

---

de la morale humaine et sociale, *tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays,* les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine et les libertés auxquelles, ni les institutions positives d'aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine, ne pourraient apporter de dérogations... (R. D., I, t. VII, p. 354.)

avec raison à dire que l'ordre public oblige les tribunaux français à reconnaitre au père étranger un droit d'usufruit légal sur les biens de son fils situés en France, alors que leur loi nationale commune ne fait pas mention d'un tel droit. Ici encore il faudra pour rester dans le vrai, rechercher si la violation du principe moral compromet la sûreté de l'État, et faire de cette supposition la condition essentielle de l'idée d'ordre public. La violation du principe litigieux doit-elle entrainer après elle un scandale grave, si grave que l'on ait de justes raisons de craindre que l'équilibre moral de la société en soit détruit, on est en présence d'une loi d'ordre public : en toute autre hypothèse, et si bien fondée, si utile que soit la loi, on n'a pas le droit de l'appliquer à l'étranger, parce qu'il est possible que sa loi particulière soit à son égard fondée sur des bases plus sûres encore, et que du reste l'application de cette loi ne menace en rien la sûreté de l'État. Il y a donc là un examen à faire, examen le plus souvent fort difficile parce que les idées de morale ont une importance bien variable suivant les dispositions de ceux qui les apprécient, difficile aussi parce que la loi même ne sera le plus souvent d'aucun secours pour l'interprète, le législateur n'ayant songé qu'à l'effet de sa loi sur ses sujets. C'est donc à la prudence des magistrats que doit être remis le soin de discerner quels sont, parmi les principes de morale, ceux qui appartiennent à l'ordre public. Nous poserons, lorsque nous aurons pleinement déterminé la nature de l'ordre public, les principes suivant lesquels les juges devront diriger leurs recherches.

**Lois civiles d'ordre économique.**

Enfin, on rencontre quelques lois d'ordre public en matière économique. Hâtons-nous de dire que c'est là qu'elles sont moins fréquentes. L'intérêt économique d'un pays est la somme des intérêts particuliers des habitants qui l'occupent, et en matière d'intérêts particuliers, il est universellement reconnu qu'en général, et sauf quelques mesures de protection que le législateur fera sagement de prendre, la volonté des intéressés est le meilleur, le seul juge. Que cette volonté se fasse un règlement spécial, qu'elle transporte sur le territoire français le texte d'une loi étrangère, elle mérite dans tous les cas d'être respectée. Même parmi les lois impératives, le plus grand nombre est fait en vue des seuls Français, et ce serait méconnaitre l'intention du législateur, que d'en étendre le bénéfice à des étrangers, Cependant, exceptionnellement, le législateur interdit certaines transactions qu'il considère en elles-mêmes, et quels qu'en

soient les auteurs, comme directement contraires à l'intérêt économique français. Il n'est pas douteux que de telles lois ne touchent à l'ordre public et ne rendent injuste l'application de toute loi étrangère qui leur serait contraire. On se demandait dans notre ancien droit si la prohibition, si fréquente jadis, de porter des blés hors du royaume, devait s'étendre aux récoltes produites par les propriétés des forains, et la plupart des juristes se prononçaient pour l'affirmative par une sorte d'intuition des raisons que nous donnerions aujourd'hui à l'appui d'une pareille solution. De même, de nos jours, le taux de l'intérêt est limité à cinq pour cent en France en matière civile. Encore que l'utilité de cette prescription soit discutable, il est certain que le législateur l'a établie, parce qu'il la croyait nécessaire à l'ordre économique du pays, et cela doit suffire à lui donner un caractère d'ordre public. Il ne serait pas admissible que la qualité d'étranger conférât le privilège de prêter à un taux usuraire. Il faut encore mentionner comme comprises dans cette troisième catégorie les lois relatives à l'organisation de la propriété, soit mobilière, soit immobilière auxquelles fait certainement allusion le § 2 de l'article 3 de notre Code civil, et aussi les lois destinées à affermir le crédit en assurant la publicité des mutations immobilières (art. 939, C. civ., loi 23 mars 1855) et des transports de créance (1690, C. civ.). Le rapport de ces lois avec l'ordre public est assez apparent pour nous dispenser d'insister.

Nous serions porté à attribuer le même caractère aux lois concernant la constitution des sociétés commerciales et par suite à en étendre l'application aux sociétés étrangères. Il semble bien, en effet, que ce sont des précautions prises en vue de garantir le public contre les spéculations frauduleuses dont il peut être l'objet. Mais la jurisprudence française n'adopte pas cette manière de voir et décide que les lois dont il s'agit ne sont pas du domaine de l'ordre public et n'ont pas d'application aux sociétés étrangères (Amiens, 13 juillet 1887. J. d. i. p. 1888, p. 103 ; Trib. de la Seine, 20 nov. 1888, J. d. i. p. 1888, p. 818).

Nous avons ainsi parcouru le cycle des différentes espèces de lois et montré comment, dans chaque classe, il s'en trouve qui, étant liées à la conservation de l'État, méritent d'être réputées lois d'ordre public. Quant à aller plus loin et à énumérer des lois d'ordre public, il n'y faut pas songer. Il faudrait pour cela examiner successivement

toutes les branches du droit et, dans chaque branche, passer en revue l'une après l'autre, les diverses lois qu'elle comprend. Ce serait refaire le droit international privé tout entier, car les premiers principes une fois posés, notre science n'est rien autre que la recherche des dispositions qui, par leur caractère de lois d'ordre public, échappent à l'application des règles générales[1].

Dangers de l'exagération de l'idée d'ordre public.

Un point cependant doit nous arrêter un instant encore avant de quitter cet ordre d'idées. Si, toutes les fois où la conservation de l'État serait menacée, il faut sans hésiter appliquer la loi territoriale, il faut aussi se garder avec soin d'étendre ce principe au cas où cette considération suprême n'est pas engagée. On comprendra qu'il est utile d'insister encore sur cette idée, si l'on réfléchit à la large porte qu'ouvre à l'arbitraire et aux abus cette dénomination élastique et vague d'ordre public. Dans chaque pays, le législateur et après lui les magistrats chargés d'interpréter sa pensée ont une tendance à considérer la loi qu'ils font ou appliquent comme la meilleure et à l'étendre sans réflexion à des personnes ou à des choses auxquelles, en bonne justice, elle devrait rester étrangère. La voie qui conduit à l'erreur est facile à indiquer. De l'ordre public on passe à l'intérêt public qui n'a déjà plus un sens aussi arrêté, de l'intérêt public à l'intérêt du public qui, en bonne analyse, représente une idée différente. Enfin, de l'intérêt du public on a vite fait de sauter à l'intérêt des particuliers, intéressés au procès. On en arrive à subordonner une décision à l'intérêt des nationaux et à rompre en leur

---

[1] Quelques auteurs ont essayé de trouver un critérium plus simple qui permît de discerner *a priori*, et sans examen laissé à l'arbitraire du juge, les lois d'ordre public. M. Alglave, après avoir signalé le caractère pécuniaire ou non pécuniaire du droit comme une forte présomption, se décide à poser ce principe, que les lois d'ordre public (*Action du ministère public*, pp. 572 et s.) sont celles que le législateur met au-dessus des volontés particulières. Mais la présomption n'est pas sûre et la règle se résume en somme dans une pétition de principe.

M. Boissarie (Thèse) soutient que l'ordre public international ou universel, comme il l'appelle, comprend : 1° les prescriptions du droit public ; 2° les mesures prises dans l'intérêt des tiers. Quelques efforts que puisse faire l'auteur pour défendre cette thèse, il est certain qu'elle est inacceptable, pour le moment du moins. Il en résulterait notamment que, dans notre état actuel, la seule considération du respect dû aux bonnes mœurs ne serait jamais suffisante pour exclure l'application des lois étrangères en France.

faveur cette égalité absolue de l'étranger et du national, qui devrait être un dogme en matière de droit international privé, car notre science ne peut avoir d'autre objet avouable que de la réaliser pratiquement aussi pleinement que possible [1].

Nous ne prétendons pas refaire ici le procès de la jurisprudence anglo-américaine, ce serait peine perdue. Dans un pays où toutes les juridictions ne sont pas sans doute aussi franches que cette cour de la Louisiane. dont Laurent cite quelque part l'arrêt, mais au fond pensent comme elle, que l'application des lois anglaises ou américaines et des lois étrangères dépend surtout de l'intérêt des anglais ou américains impliqués au procès, toute tentative de changement est condamnée à un échec, car si la raison peut beaucoup contre l'erreur, elle est complètement impuissante contre l'égoïsme.

Mais les diverses législations et jurisprudences du continent ne sont pas exemptes de tout reproche. Notre pratique française, par exemple, ne s'est jamais résignée à appliquer à l'état et à la capacité des étrangers en France, une règle semblable à ce que l'article 3, § 3, Civ., exprime, concernant l'état et la capacité des Français à l'étranger. Elle se base pour cela, soit sur le silence des rédacteurs, silence interprété un peu arbitrairement comme une réticence voulue, soit sur des raisons générales tirées de l'intérêt public français, raisons qui ont sans doute leur côté spécieux, mais qui ne parviendront jamais à faire croire que l'ordre public serait menacé, si l'on accordait aux étrangers le plein bénéfice de leur loi nationale, dans toute question concernant l'état ou la capacité des personnes. Notre jurisprudence, elle, a encore une excuse : elle croit refléter l'intention des rédacteurs du Code civil. Mais que dirons-nous de la loi fédérale suisse sur la capacité civile, du 1^er^ janvier 1882 qui, dans le cas où un étranger traite avec un suisse, décide que la loi de capacité qui lui sera appliquée sera la loi la plus favorable à la validité de l'acte. Pour quel motif dépouiller ainsi l'étranger de la protection que lui accorde sa loi personnelle ? Le crédit peut souffrir de la crainte qu'inspirent les incapacités inconnues. Ne sera-t-il pas plus exposé encore si toute personne peut se voir opposer les dispositions d'une loi

---

[1] V. à ce propos, dans Laurent, une page très juste sur la distinction du droit et de l'intérêt (t. II, p. 349).

qui n'a pas été faite pour elle. Les auteurs du Code italien de 1866, et plus récemment les auteurs du projet de Code belge, ne sont pas tombés dans cette erreur[1] : ils ont décidé que toute personne sans distinction de nationaux ou d'étrangers, serait soumise aux lois de sa patrie, pour ce qui regarde son état et sa capacité. Telle a été aussi la résolution prise par l'Institut de droit international dans sa session d'Oxford, en 1880.

C'est un abus du même genre qui fait que, dans la plupart des pays, la loi ou la jurisprudence distingue encore la succession immobilière au point de vue international et fait régir cette dernière par la loi de la situation des immeubles qui la composent. Telle est notamment notre jurisprudence française[2]. Cette distinction a son origine dans les doctrines statutaires, et le respect de la tradition est aujourd'hui encore son principal point d'appui. Cependant, comme les mêmes raisons n'existent plus aujourd'hui d'attribuer à tout ce qui touche aux immeubles un caractère territorial, on allègue pour justifier cette distinction que les successions ont un caractère politique qui entraîne de droit la réalité des lois successorales. Que cette idée ait été juste dans notre ancien droit, et aussi pendant la période intermédiaire, nous ne le nions pas, mais ce que nous contestons, c'est qu'elle le soit encore dans la société actuelle. Il existe sans doute dans la matière des successions des lois particulières qui touchent à l'ordre public, la prohibition des substitutions par exemple, mais ce caractère n'est plus général dans notre droit. Nous sommes loin du temps où la dévolution légale des biens d'un défunt était ordonnée de façon à en conserver la plus grande partie à des héritiers privilégiés, appelés à compter dans une aristocratie jugée essentielle au salut de l'État, et nous ne sommes pas moins loin de cette époque de transition où il pouvait paraître nécessaire de défendre, par le moyen de lois absolues, les institutions nouvelles contre la réaction des idées anciennes. Le législateur n'ordonne plus, il interprète les intentions du défunt et accorde ses biens à ceux qui étaient les plus proches dans ses affections. Il n'y a rien là qui touche à la conser-

---

[1] Cod. civ. ital., *Disp. prélim.*, art. 6. — *Projet de revis. du Cod. civ. fr. en Belgique*, tit. prél., art. 5.

[2] Cass., 20 juin 1887, dans le *Droit du 2 juillet*.

vation de l'État, rien, quoi qu'on en dise, qui appartienne à l'ordre public[1]. Aussi, bien plus avisés sont les législateurs modernes qui ont écrit dans leur œuvre le principe de l'unité de la succession.

Ces exemples suffisent à montrer combien il est facile, naturel même, d'étendre outre mesure l'idée d'ordre public, si l'on ne reste pas fidèle à cette idée que l'ordre public ne comprend que cette partie de la législation dont l'application invariable est essentielle à la conservation de l'État. Et ce que législateurs et juges ne voient pas assez clairement, c'est que toutes les fois où il leur arrive de déclarer une institution d'ordre public contrairement à la nature des choses, ils sanctionnent une injustice ; il est en effet de justice élémentaire et évidente que chaque rapport de droit soit jugé suivant la loi faite pour lui, la loi compétente, et non suivant une « *lex fori* » que le concours fortuit et imprévu des circonstances contribue seul à déterminer.

## III.

### ÉTUDE DES CARACTÈRES DE L'ORDRE PUBLIC.

Unité de l'ordre public.

Nous avons ainsi démontré l'existence d'un premier caractère de l'ordre public, son caractère exceptionnel. Si maintenant nous essayons de pousser plus loin la recherche de la nature de l'ordre public, nous nous trouvons arrêté par une des difficultés les plus graves de la matière. Qu'est-ce que l'ordre public international, et spécialement quels rapports présente-t-il avec l'ordre public national ? En droit interne, en effet, on entend aussi souvent parler de lois d'ordre public et l'on comprend sous cette dénomination, toutes les lois mises par l'autorité du législateur au-dessus de la volonté des particuliers, les lois auxquelles les conventions particulières ne peuvent pas déro-

---

[1] Pour éviter toute équivoque, nous ferons remarquer ici qu'il peut être contraire à l'ordre public que les étrangers soient admis à succéder à des biens situés sur le territoire de l'État ; mais cette première question de droit intérieur décidée au profit des étrangers, il est entièrement indifférent à l'ordre public que la dévolution de la succession soit réglée par la loi de la situation ou par la loi nationale au défunt.

ger (art. 6, C. civ. fr.). Il y a donc un ordre public national et un ordre public international. Sont-ils identiques ou différents l'un de l'autre? telle est la question. Elle est relativement récente et ne paraît avoir préoccupé aucun des auteurs anciens. Au contraire, la plupart des auteurs modernes la traitent, et presque tous la décident en enseignant qu'il y a deux ordres publics distincts, l'un national, l'autre international, qu'on ne saurait confondre à peine de s'exposer à des erreurs dangereuses. On trouve cette distinction dans Brocher[1], dans Despagnet[2], dans Weïss, dans Beauchet; enfin M. Despagnet, a repris cette thèse dans un travail récent où il lui a donné toute sa généralité[3]. En somme, les auteurs les plus autorisés sont unanimes à approuver cette distinction et à la considérer comme une idée fondamentale en matière d'ordre public, et l'on peut prévoir qu'un temps viendra où elle sera considérée comme indiscutable. Avant que cette époque soit arrivée, nous croyons devoir combattre une théorie qui, suivant nous, n'a rien de fondé. Nous allons essayer de le démontrer, et pour cela nous exposerons rapidement les raisons proposées par M. Despagnet, dans l'article précité à l'appui de cette théorie.

De la distinction de l'ordre public national et de l'ordre public international.

Remonterons-nous avec lui jusqu'au droit romain? En vérité nous hésitons à le faire. Sans doute il est de tradition incontestée, en matière de droit international, d'appeler au secours d'opinions nouvelles des textes anciens. Mais il ne nous paraît pas très certain que les Romains aient eu des idées générales touchant le droit international, et, à défaut de preuves décisives, il est bien peu probable qu'ils aient jamais connu la distinction des deux ordres publics. Dans tous les cas, ce qui est certain, c'est que les postglossateurs et les statutaires ne faisaient pas cette distinction. Lorsqu'ils parlaient d'ordre public, ils se plaçaient généralement au point de vue du droit interne et non pas du droit international, et rien dans les ouvrages que nous avons pu consulter, ne constitue l'allusion la plus légère à la distinction prétendue des deux ordres publics. Étudions donc la question dans le droit contemporain : aussi bien, en notre matière, la tradition est le

---

[1] *Droit intern.*, I. pp. 108 et s., et *J. d. i. p.*, 1881, p. 7.
[2] *Dr. intern.*, pp. 120 et s.
[3] *J. d. i.*, 1889, pp. 5 et s.; pp. 207 et s.

plus souvent de peu de secours, tant les transformations sociales entrainent de transformations dans les principes de notre science.

On donne, à l'appui de la distinction des deux ordres publics, deux raisons, l'une générale et reposant sur la considération de la nature de certaines institutions juridiques, l'autre particulière à la législation française et tirée de la comparaison du texte des art. 3, §§ 1 et 6 du Code civil. Il existe, dit-on, certaines lois qui, en droit interne, ont le caractère de lois d'ordre public, et n'ont pas ce même caractère en droit international. Le type de ces lois est l'ensemble des lois sur l'état et la capacité des personnes. Au point de vue du droit intérieur, ce sont des dispositions basées sur l'ordre public, car il est interdit aux particuliers d'y déroger, et cependant il est certain qu'au point de vue international, elles ne sont pas d'ordre public : n'est-ce pas, en effet, à l'occasion des lois de cet ordre que s'est produite la première réaction contre la territorialité féodale, et, de nos jours, la personnalité des lois d'état et de capacité n'est-elle pas un des principes fondamentaux du droit international privé? Elles sont donc d'ordre public, mais non à tous les points de vue, au point de vue national seulement. La même remarque peut être faite au sujet d'autres dispositions qui ne rentrent pas précisément dans les lois d'état et de capacité. On cite les art. 1394, 1395 du Code civil, sur le temps de la rédaction du contrat de mariage et sur l'immutabilité des conventions matrimoniales, l'art. 1341 sur la preuve testimoniale. On peut y ajouter, à ce qui nous semble, les lois sur la prescription extinctive, la règle : donner et retenir ne vaut, etc.

On ajoute que cette distinction a été recueillie par les rédacteurs du Code civil, et on en donne une double preuve : d'abord, c'est dans des dispositions séparées, l'art. 3, § 1, d'une part, et l'art. 6, d'autre part, que les rédacteurs du Code ont traité des lois d'ordre public à ces deux points de vue. Ensuite, ils n'ont pas employé les mêmes expressions dans les deux cas : réservant l'expression lois d'ordre public pour l'ordre public interne, ils se sont servis des mots lois de police et de sûreté pour qualifier l'ordre public international. Il y aurait dans cette double circonstance la marque certaine de leur intention de reconnaître l'existence de ces deux sortes d'ordre public et de les distinguer l'une de l'autre.

De cette argumentation on conclut qu'il existe deux ordres publics

qui sont dans le rapport suivant : toute la loi d'ordre public international est aussi d'ordre public interne, et, comme telle, est supérieure à la volonté des particuliers, mais toute loi d'ordre public interne n'est pas par cela même d'ordre public international. Le premier nous apparaît ainsi comme plus large que le second.

Nous croyons au contraire qu'il n'y a qu'une seule espèce d'ordre public toujours identique à elle-même, à quelque point de vue que l'on se place. Avant d'exposer les raisons qui déterminent notre opinion, il est nécessaire de démontrer que les arguments que nous venons d'exposer sont mal fondés.

Des deux raisons données, la première est certainement la principale, elle constitue la véritable base de la distinction que nous combattons. Nous ne contestons nullement que les lois d'état et de capacité ne soient de statut personnel, mais nous prétendons qu'à aucun point de vue elles ne sont d'ordre public.

Cette proposition peut, au premier abord, sembler téméraire, paradoxale, voire même monstrueuse. Ne paraît-il pas évident, en effet, que la protection des incapables, la réglementation de l'état des personnes sont matières d'ordre public? Pour qui va au fond des choses, cette certitude est vite destinée à disparaître. Il y a, dans cette manière de raisonner, une confusion, toute petite dans son principe, mais grosse de conséquences, on va le voir. Sans aucun doute, l'ordre public de l'État est directement intéressé à ce que des personnes, que leur âge, leurs infirmités rendent impropres à veiller à leurs propres affaires, reçoivent de la loi la protection qui leur est nécessaire. L'ordre public serait profondément atteint si, en pareille hypothèse, la loi laissait ces personnes sans défense contre les embûches dans lesquelles elles ne manqueraient pas de tomber. Mais que peut-on conclure de là? Que la protection des incapables

---

[1] Il est au moins curieux d'observer que de Bar, qui combat et avec une grande vivacité le principe de la territorialité des lois d'ordre public, approuve la distinction des deux ordres publics. Cela ne l'empêche pas de dire que la notion d'ordre public échappe à toute détermination étant molle comme la cire et flexible comme le caoutchouc. Du reste, il considère la distinction que nous combattons comme un retour aux idées de Wæchter et de Savigny, en d'autres termes comme la négation du principe qu'elles ont pour objet d'éclaircir (*Théorie und Praxis*, 2e éd., § 30, pp. 95 et s.; cf. § 36, pp. 127 et s.).

est une nécessité d'ordre public, aussi bien au point de vue international qu'au point de vue national. Aussi nos tribunaux ne se font pas faute (et ils ont grandement raison) de prendre, dans l'intérêt des étrangers, des mesures provisoires réglementées par la loi française. C'est ainsi, nous n'en doutons pas, que, si un étranger ne pouvait indiquer sa nationalité, ou si sa loi nationale n'organisait en sa faveur qu'une protection purement apparente et illusoire, les tribunaux français le soumettraient à la tutelle organisée par les lois françaises[1].

Est-ce à dire que nos lois françaises sur la protection des incapables soient d'ordre public, point du tout. Ce qui est d'ordre public, c'est que l'incapable soit l'objet d'une protection réelle; maintenant, que les moyens d'assurer cette protection soient empruntés à la loi française ou à une loi étrangère, qu'il soit en tutelle au lieu d'être en curatelle, que son représentant soit nommé par le tribunal au lieu d'être nommé par le conseil de famille, que ses pouvoirs d'administration soient plus ou moins étendus, cela n'est d'aucune importance au point de vue de l'ordre public. Il est protégé, l'ordre public est satisfait[2]. Sans doute ses intérêts particuliers, pourront perdre ou gagner à ce qu'il soit soumis à un système ou à un autre, l'ordre public n'y perdra et n'y gagnera rien[3]. Si donc l'existence

---

[1] Lille, 12 juin 1884. *J. d. i. p.*, 1885, p. 94.

[2] La jurisprudence française fait une distinction analogue dans la matière de la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Il est d'ordre public que des étrangers trouvent un tribunal qui leur rende la justice, de même qu'il est d'ordre public que les incapables étrangers trouvent une protection; aussi, soit lorsqu'il s'agit de mesures urgentes, soit lorsque la nationalité de l'étranger est indéterminée, nos tribunaux se déclarent compétents à son égard. Mais il n'est pas d'ordre public que les tribunaux français connaissent en général des litiges entre étrangers, pas plus qu'il n'est d'ordre public que les lois françaises sur les incapables reçoivent une application générale : aussi notre jurisprudence se refuse-t-elle à juger les étrangers toutes les fois où son refus ne doit pas aboutir à un déni de justice.

Vesoul, 29 déc. 1886, *J. d. i. p.*, 1889, p. 474 ; Amiens, 17 déc. 1888, *id.*, 1889, p. 459 ; Tr. Seine, 19 mai 1888, *id.*, 1888, p. 792 ; Paris, 6 juin 1888, *id.*, 1888, p. 786 ; Dijon, 7 avril 1887, *id.*, 1888, p. 87.

[3] On peut dire la même chose des lois relatives à l'état des personnes. Il est d'ordre public qu'il existe des lois sur ce sujet, mais leurs dispositions sont inspirées

d'une protection intéresse l'ordre public, l'organisation de cette protection concerne les intérêts particuliers de la personne protégée.

Tout autre est la condition des véritables lois d'ordre public. Ce qui intéresse l'ordre public, ce n'est pas seulement l'existence et l'application d'une loi quelconque sur la matière, c'est l'existence et l'application des dispositions de la loi française. Prenons pour exemple la prohibition de l'action en recherche de la paternité naturelle. Voilà une loi d'ordre public. Mais aussi il convient de remarquer que ce qui, en cette matière est d'ordre public, ce n'est pas l'existence d'une loi règlementant cette recherche, c'est l'existence d'une loi la prohibant. Une loi qui se contenterait de donner à cette recherche l'effet de procurer de simples aliments à l'enfant violerait l'ordre public, aussi bien qu'une loi qui la permettrait avec tous ses effets. Empruntons un autre exemple au droit criminel. Le vol est puni de certaines peines par notre Code pénal. C'est une disposition d'ordre public, parce que notre ordre public serait blessé non seulement par la mise en vigueur d'une loi qui autoriserait le vol, mais même par l'application d'une loi qui le punirait de peines différentes. Si la peine était plus dure, ce serait une cruauté inutile ; si elle l'était moins, elle ne constituerait plus pour la propriété française qu'une protection insuffisante, deux résultats également opposés à l'ordre public. On peut examiner quelque disposition d'ordre public, que l'on voudra, on la reconnaîtra toujours à ce caractère que l'on ne peut pas supposer modifiée la règle qu'elle contient sans que l'ordre public en soit par le fait menacé. Ce caractère fait au contraire défaut aux lois dites d'ordre public interne.

Et cependant, ces dernières sont certainement soustraites à toute influence de la volonté, des particuliers qu'elles concernent. L'argument que l'on tire de là serait sans réplique, s'il était démontré qu'il

---

surtout par le souci des intérêts privés, et on peut supposer modifiée telle de leurs dispositions, l'effet de la possession d'état, par exemple, sans que l'ordre public soit le moins du monde menacé. Cependant il faut remarquer que l'état des personnes étant le fondement même de la famille, et l'importance d'une bonne constitution de la famille n'étant pas douteuse, on rencontrera dans les lois de cet ordre un assez grand nombre de dispositions qui sont, et à tous les points de vue, d'ordre public. Ainsi la présomption de paternité du mari de la mère, et à notre avis aussi, l'imprescriptibilité de l'action en réclamation de la filiation légitime, etc.

y a identité entre les lois d'ordre public et les lois soustraites à l'influence de la volonté des intéressés, en d'autres termes qu'une loi n'est jamais mise par son auteur au-dessus des volontés particulières que pour un motif d'ordre public. C'est précisément cette identité que nous contestons. M. Alglave[1] enseigne, d'après Toullier, que parmi les lois supérieures à la volonté, il en est qui présentent ce caractère en vertu de la volonté expresse ou tacite du législateur, tandis que d'autres le doivent à ce qu'elles concernent l'ordre public. Cette distinction nous semble bien fondée, voire même nécessaire. C'est que, en effet, des motifs tout à fait distincts de l'idée d'ordre public peuvent déterminer le législateur à mettre une loi au-dessus des atteintes qu'elle pourrait recevoir de la part des volontés particulières. Sans doute le législateur ne limite jamais qu'en cas de nécessité l'action de la volonté des particuliers. Mais cette nécessité ne résulte pas toujours de ce que la violation de la loi compromettrait l'ordre public. Elle se présente tout aussi nette et absolue lorsque la loi manquerait d'effet, en la supposant susceptible de dérogations volontaires. D'une façon générale, toutes les fois où une loi a pour objet de remédier soit à la faiblesse de la volonté de certaines personnes, soit aux entraînements que l'on peut redouter de la part de toute personne dans certaines circonstances données, il est évident que cette loi manquerait son effet si, tout d'abord, elle n'était pas soustraite à l'influence de cette volonté, contre les abus de laquelle elle est dirigée. Est-ce à dire que toutes les lois de cet ordre soient d'ordre public? Il faudrait pour cela qu'à un point de vue quelconque leur défaut d'application fût de nature à compromettre la sûreté de l'État, à menacer sa conservation? On ne peut pas aller aussi loin évidemment[2]. Il y a donc deux catégories de lois supérieures à la volonté des particuliers, les lois d'ordre public, parce que par essence elles sont absolues, et les lois de

---

[1] *Action du min. public*, t. I, p. 502.

[2] Nous pouvons revendiquer en faveur de cette doctrine la grande autorité de M. Mancini, qui distingue expressément dans le *droit privé* deux parties, l'une volontaire, l'autre *nécessaire* et soustraite à l'influence de la volonté de l'homme. Cette distinction est incompatible avec l'existence d'un ordre public interne (V. R. D. I, t. VII, p. 351), et effectivement, sous le nom d'ordre public, M. Mancini ne comprend que celui que l'opinion que nous combattons désigne sous le nom d'ordre public international (*Id.*, p. 353).

protection parce qu'elles manqueraient leur effet, si on laissait leur application à la discrétion des personnes protégées. La distinction des deux ordres publics est due à la confusion des lois d'ordre public et des lois de protection.

Donnons encore un exemple que nous emprunterons à la matière même, relativement à laquelle notre théorie peut paraître plus téméraire, celle de l'incapacité du mineur. Il semble que cette incapacité est certainement d'ordre public et nous offre l'exemple d'une loi appartenant à l'ordre public simplement interne. Mais une analyse plus exacte fera justice de cette apparence. Il y a certainement quelque chose d'ordre public dans cette incapacité : c'est la nécessité de l'établissement d'une incapacité au profit du mineur parce que, — nous le disions plus haut, — l'État lui-même est intéressé à ce qu'un mineur ne soit pas laissé sans protection, et que toute protection serait inefficace si elle n'était accompagnée d'une incapacité. Mais voilà tout ce que réclame l'ordre public. Et si nous considérons la théorie française de l'incapacité du mineur français, nous pouvons affirmer que, même à son égard, elle n'est pas d'ordre public. Cette incapacité est générale. L'ordre public serait-il blessé si on la rendait spéciale, à condition toutefois qu'elle continuât de constituer une protection sérieuse. Plus particulièrement encore, l'art. 904 du Code civil permet au mineur parvenu à l'âge de seize ans de tester sur la moitié de son patrimoine. Personne n'irait jusqu'à dire que la suppression ou la modification de cette disposition entraînerait *ipso facto* une atteinte à notre ordre public et mettrait en question la sûreté de l'État. Et cependant c'est une loi de capacité indépendante de la volonté des parties intéressées. Il est facile d'apercevoir l'alternative à laquelle on aboutit : ou bien il faut renoncer à voir des lois d'ordre public dans les dispositions dont nous parlons, ou bien il faut étendre la notion de l'ordre public outre mesure et aller jusqu'à la confondre avec l'intérêt des particuliers, pour peu que cet intérêt ait été assez grave pour attirer l'attention du législateur[1]. Entre ces deux partis

---

[1] D'après M. Despagnet (*Revue*, p. 210) qui, à cette occasion, loue sa sagacité, Savigny aurait le premier donné l'idée de cette distinction entre l'ordre public propre aux nationaux et l'ordre public opposable aux étrangers eux-mêmes. Il nous sera permis de louer à notre tour l'habileté de M. Despagnet. En réalité, Savigny ne dit pas un traître mot de la question. Il se borne à dire que parmi les lois abso-

notre choix n'est pas douteux, et nous dirons que la conception d'un ordre public interne distinct de l'ordre public international tient à la confusion que l'on a commise entre les lois faites pour la protection des intérêts particuliers et les vraies lois d'ordre public[1].

Mais on invoque aussi les textes du Code civil et l'on prétend déduire soit de leur arrangement, soit des expressions qui s'y trouvent employées que les rédacteurs ont implicitement reconnu la distinction de deux ordres publics, l'un interne, l'autre international. Cela serait que la valeur des raisons par nous exposées n'y perdrait rien, en droit international général, mais nous croyons pouvoir démontrer facilement que cela n'est pas.

L'art. 3, § 1, fait allusion aux lois d'ordre public dit international, cela est certain. L'art. 6, lui, parle textuellement d'ordre public, et la question est de savoir s'il se réfère à un ordre public différent plus étendu que celui dont il est question dans l'art. 3, § 1. Il semble bien qu'on ne puisse attribuer une signification précise à la coexistence de ces deux articles, alors surtout que dans ce titre préliminaire l'objet principal des rédacteurs du Code n'était pas de classer les lois en lois d'ordre public et lois d'ordre privé, mais bien de déterminer l'effet de ces lois à divers points de vue, dans le temps (art. 2), dans l'espace (art. 3), par rapport aux juges (art. 4 et 5) et aux parties intéressées (art. 6) : il était dès lors tout naturel de s'occuper à deux

lues, et il vient d'opposer cette expression à celle des lois supplétives, il en est qui ne concernent que les nationaux, tandis que d'autres concernent les étrangers. Bien plus, Savigny dit (t. VIII, p. 37) qu'il y a une classe de lois absolues dont le seul but est de garantir, par des règles certaines, l'exercice des droits et qui, dès lors, sont faites uniquement dans l'intérêt des personnes titulaires des droits. Il n'emploie nullement à leur égard l'expression d'ordre public ni aucune autre équivalente. Tout au contraire, il apparait bien qu'il les considère, ainsi que nous le faisons, comme des lois d'ordre privé et de protection.

[1] Ce n'est pas que l'on ne puisse trouver certaines lois de protection qui sont en même temps des lois d'ordre public. Il en sera ainsi lorsque la mesure de protection prise sera d'une importance telle qu'elle intéresse la société aussi directement que la personne protégée. Ainsi la Cour d'Aix a très bien jugé (Aix, 7 février 1884. *J. d. i. p.*, 1884, p. 408) que les dispositions de la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie sont d'ordre public et doivent être appliquées même aux enfants étrangers. Pour d'autres lois ce caractère est controversé. Il en est ainsi notamment de la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire obligatoire. Ce sont là des exceptions qui n'infirment en rien la valeur des principes.

reprises de l'ordre public et il n'y a rien à conclure de là quant à la question qui nous occupe. Il est vrai que les expressions employées sont différentes dans les deux articles, ici « police et sûreté » là « ordre public » [1]. Mais l'argument que l'on tire de cette différence tombe si l'on considère les travaux préparatoires. On peut remarquer d'abord que les divers orateurs ne disent pas un mot de cette prétendue qualité de l'ordre public. Et même en cherchant bien on trouve dans le discours de Portalis devant le Corps législatif un passage inconciliable avec les idées que nous combattons. Après avoir opposé le droit public au droit privé, en définissant le premier celui qui intéresse plus directement la société que les particuliers, et le second celui qui intéresse plus directement les particuliers que la société, Portalis ajoute qu'à cette distinction correspond celle des nullités absolues et des nullités relatives. Cette remarque est topique, car précisément la plupart des dispositions considérées comme faisant partie de l'ordre public interne et non de l'ordre public international sont sanctionnées par des nullités relatives. Donc ce ne sont pas ces lois qu'avaient en vue les rédacteurs du Code civil, donc aussi le mot ordre public ne représentait pour eux rien d'autre que les lois de police et de sûreté de l'art. 3, § 1.

Ajoutons que cette interprétation met à la charge des rédacteurs une omission, omission que l'on excusera si l'on songe au grand nombre et à la gravité des questions qu'ils avaient à traiter dans ce titre préliminaire, mais aussi qu'elle les sauve d'une inconséquence. En d'autres lieux (686, 1133 Civ.), le législateur emploie le mot ordre public, alors qu'il s'agit seulement de l'ordre public dit international : si l'art. 6 comprend en outre l'ordre public interne, il faut reconnaître qu'il a employé le même mot dans deux acceptions différentes. C'est une raison de plus de croire à notre interprétation [2].

---

[1] Au point de vue des textes, nous avons de sérieuses raisons de penser que les rédacteurs du Code civil ne comptaient pas les lois relatives aux intérêts des incapables parmi les lois d'ordre public. Comment expliquer autrement que dans l'art. 83, proc. civ., le législateur ait soumis à la formalité de la communication au ministère public : 1° les causes qui concernent l'ordre public ; 2° celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles. Pourquoi cette double mention si les lois de la seconde catégorie appartiennent à la première ?

[2] Le Code civil italien contient dans son titre préliminaire une disposition, l'art. 12 qui correspond à notre art. 6, et dont voici la traduction : « Nonobstant

Démonstration de l'unité de l'ordre public.

Jusqu'ici notre démonstration a tendu à prouver que l'existence des deux ordres publics ne résulte ni des principes généraux, ni des textes du Code : nous allions la compléter en démontrant qu'il est impossible de concevoir deux ordres publics différents. Qu'est-ce que l'ordre public en définitive ? C'est l'ordre dans l'État, c'est-à-dire un certain arrangement des diverses forces sociales, arrangement régulier, normal, durable et combiné, de telle façon que chacun voie ses droits essentiels respectés et puisse développer en toute sécurité et en toute liberté ses facultés tant physiques qu'intellectuelles. Plus brièvement, c'est l'application de certaines règles indispensables à la conservation de l'État. Et bien cela étant, on aperçoit de suite que l'ordre public peut exister ou n'exister pas, mais qu'il n'y a point d'intermédiaire entre ces deux extrèmes. On conçoit l'existence d'un état de fait, tel que l'ordre public existe, on conçoit de même l'existence d'un état de fait tel que l'ordre public n'existe pas, mais on ne conçoit pas que l'ordre public existe au point de vue international et n'existe pas au point de vue national, qu'il y ait en même temps et qu'il n'y ait pas ordre public. Vouloir qu'il en soit ainsi, c'est s'écarter de la notion élémentaire de l'ordre qui fait le fondement de notre théorie, c'est donner à cette expression un sens arbitraire et créé pour les besoins de la cause [1].

L'imputation arbitraire n'est pas le seul reproche que nous puissions faire à la théorie que nous combattons. Pratiquement elle est fort dangereuse, car si l'on abandonne la notion que le simple bon sens nous donne de l'ordre public, si l'on tombe dans les distinctions et les subtilités, on recule indéfiniment les limites de l'ordre public et on encourage la tendance que montrent les tribunaux à étendre outre

---

les dispositions des articles précédents, dans aucun cas les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées ne pourront déroger aux lois prohibitives du royaume qui concernent les personnes, les biens ou les actes, ni aux lois relatives, en quelque manière que ce soit, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » M. Esperson (*J. dr. intern.*, 1880, pp. 255 et s.) interprète ce texte d'une façon distributive et prétend que ses rédacteurs n'ont entendu interdire l'application des lois étrangères que lorsqu'elles seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et non pas lorsqu'elles sont seulement contraires aux lois prohibitives. Cette interprétation est au moins bien hasardée en face du texte de l'article. (V. le passage cité d'Esperson.)

[1] Prétendre qu'il peut exister un ordre public relatif, c'est dire qu'un des plateaux d'une balance peut être en équilibre tandis que l'autre n'y est pas.

mesure l'application de la *lex fori* sous le couvert de l'ordre public[1]. Ainsi notre jurisprudence n'hésite pas, en matière immobilière au moins, à appliquer nos lois sur la réserve aux successions d'étrangers. Dans cette jurisprudence critiquable, nous voyons une conséquence de la confusion commise entre une loi de protection et une loi d'ordre public, conséquence qui, probablement, ne se serait jamais produite si l'on se contentait en matière d'ordre public de s'arrêter aux idées claires et incontestables. Il ne faut rien exagérer et la distinction des deux ordres publics n'est pas la seule cause de la tendance que nous avons signalée, mais tant qu'elle sera admise, elle constituera un élément de confusion et un encouragement à cette tendance.

Caractère national de l'ordre public.

La notion d'ordre public répond donc à une idée unique et il n'existe qu'une seule catégorie de lois d'ordre public. Il nous reste maintenant à nous demander si cet ordre public unique doit être qualifié de national ou d'international. Cette question n'est pas seulement de terminologie, sa solution est indispensable à la détermination du domaine de notre matière. Elle, non plus, ne peut faire l'objet d'aucun doute. De l'aveu de tous, l'ordre public à considérer dans un conflit de lois est celui du pays dans lequel le conflit vient à s'élever, en d'autres termes l'ordre public du pays auquel appartient le tribunal saisi de la contestation.

Ce principe est une suite directe des idées les plus certaines en matière de droit public. La notion des droits et des devoirs du souverain dans l'État est variable suivant les idées de chacun, mais il est un point du moins sur lequel tous les publicistes s'accordent, c'est que l'État doit dans les limites de son territoire maintenir l'ordre public. Cette fonction est pour lui plus qu'un droit, c'est sa raison d'être, car si les particuliers consentent à être subordonnés à l'autorité, c'est précisément parce que seule cette autorité peut leur assurer l'ordre et la sécurité nécessaires au libre fonctionnement de leur activité. En cette matière, l'autorité du pouvoir est absolue et exclusive, absolue parce qu'en matière de sécurité il n'y a pas de transaction possible, exclusive parce que l'autorité simultanée de plusieurs conduirait directement à l'anarchie; de là il suit que chaque État est

---

[1] C'est par cette considération que nous espérons justifier la large place donnée à cette question. Que l'on appelle les lois dont nous parlons lois de protection ou lois d'ordre public interne, elles produisent toujours les mêmes effets. C'est donc une

compétent sur son territoire, et complètement incompétent sur le territoire d'un autre État, pour tout ce qui concerne l'ordre public ; donc aussi, lorsqu'il s'agira pour le juge de décider si l'application d'une loi étrangère offrirait à ce point de vue quelque danger, c'est l'ordre public de son pays à lui et non celui d'un pays étranger qu'il doit considérer.

En matière internationale même, l'ordre public est toujours essentiellement national : c'est donc à tort que l'on parle d'ordre public international[1]. L'expression est vicieuse, car il n'existe pas d'ordre public international. Si le maintien de l'ordre public est nécessaire dans chaque État, les moyens employés pour assurer ce maintien sont éminemment variables ; ils le sont en fait, et ils doivent l'être, car cette partie de la législation, comme toute autre, se modèle sur l'esprit, les habitudes, le caractère, bref les traits particuliers de la nation à laquelle elle est destinée. Les substitutions sont interdites en France, où elles sont réputées contraires à l'égalité politique qui fait le fond de la constitution du pays. En Angleterre, les dispositions de cette sorte sont parfaitement valables, parce que les principes politiques et l'état social de nos voisins sont différents des nôtres. Ici la liberté de la parole et de la plume est illimitée, là elle est enfermée dans d'étroites limites. Chez nous la recherche de la paternité naturelle est prohibée au nom de l'ordre public, ailleurs elle sera autorisée au nom de ce même ordre public. Ainsi, non seulement les exigences de l'ordre public varient d'un pays à l'autre, mais encore il n'est pas rare de rencontrer une institution juridique commandée ici et interdite là, toujours au nom de l'ordre public.

Ce n'est pas cependant qu'il n'existe une certaine analogie entre les lois qui, dans les divers pays civilisés, sont regardées comme d'ordre public : on peut ainsi trouver un certain nombre de lois qui se trouvent reproduites en termes à peu près identiques dans toutes les légis-

---

querelle de mots, mais une querelle de mots d'une importance extrême, car la détermination des limites de l'ordre public en dépend.

[1] Les explications que nous donnons ici démontrent que l'ordre public est une notion réelle, territoriale. L'expression d'ordre public national que nous employons n'est pas elle-même parfaite, car elle pourrait laisser croire que le respect de l'ordre public de son pays s'impose au national même, lorsqu'il est devant les tribunaux étrangers. L'expression d'ordre public local serait meilleure à ce point de vue, mais elle présenterait d'autres inconvénients.

lations, soit que tout État les considère comme indispensables à sa sûreté, soit qu'elles fassent partie de ces notions élémentaires de morale que l'on retrouve au fond de la conscience de tous les peuples. Ainsi, on reconnait partout au Gouvernement la faculté d'expulser l'étranger dont la présence sur son territoire est de nature à compromettre la tranquillité publique, de même aussi on retrouvera en tout pays la prohibition de l'inceste, que les Romains appelaient inceste du droit des gens. Il est utile de noter en passant que dans l'ordre des idées morales on trouve difficilement des règles communes à tous les peuples connus. Il y a entre les nations un certain groupement à faire que déterminent des considérations ethniques et plus encore les idées religieuses. Ainsi le monde chrétien a une morale, le monde musulman en a une autre. Dans chaque groupe, on rencontre une communauté de morale presque complète ; d'un groupe à l'autre, on trouve au contraire une séparation profonde sur ce terrain. De là, il résulte qu'entre nations issues de la même civilisation, et pénétrées d'idées religieuses voisines sinon identiques, il y aura une véritable communauté d'ordre public pour tout ce qui touche à la morale, entre nations appartenant à des groupes différents, il y aura sous le même rapport une séparation radicale. De là aussi la pratique du droit international sera, dans la première hypothèse bien plus facile que dans la seconde, l'application de la loi compétente n'étant pas, à chaque pas, arrêtée par des considérations empruntées à un ordre public mal connu et souvent mal limité.

Bien qu'en fait ces considérations aient leur importance et expliquent notamment l'inégalité du développement du droit international suivant les lieux où il se produit, il n'est pas moins vrai qu'il n'y a pas d'ordre public international et qu'il n'y en aura jamais, à moins qu'un jour une autorité supérieure ne soit constituée avec la mission d'assurer entre les divers peuples, l'application du droit international. On peut très exactement dire des lois d'ordre public ce que l'on disait autrefois et ce que quelques gens disent aujourd'hui encore des lois en général : c'est que leur autorité expire aux frontières de l'État qui les a faites. Ce sont des lois qui ne se comprennent pas sans un caractère coactif et qui, dès lors, perdent toute force là où la force publique mise à leur service cesse de pouvoir les protéger.

**Caractère actuel de l'ordre public.**

L'analyse à laquelle nous venons de procéder fait ressortir cette idée que les lois d'ordre public sont des lois de nécessité. Cette

même notion de la nécessité nous permet de leur assigner un dernier caractère, ce sont des lois essentiellement actuelles. Voici ce que nous entendons par là. Lorsqu'il est question de décider si une loi appartient ou n'appartient pas à la classe des lois d'ordre public, c'est l'ordre public du temps actuel que l'interprète doit exclusivement considérer, non pas sans doute (ainsi que nous le verrons plus loin) qu'il lui soit loisible de se décider d'après ses tendances personnelles, mais en ce sens que la détermination ne doit jamais être empruntée qu'à la législation et à l'état social du moment où la question lui est posée. La considération d'une loi autrefois d'ordre public, mais qui a dépouillé ce caractère ne saurait être pour lui une raison valable d'écarter l'application d'une loi étrangère, même dans l'hypothèse où le rapport du droit qui lui est soumis remonte à une époque où le caractère d'ordre public de cette loi était incontestable. En d'autres termes, les particuliers qui ne peuvent opposer leurs droits privés à l'ordre public ne peuvent pas davantage, sur le fondement d'une loi d'ordre public, se constituer des droits privés, des droits acquis et prétendre les exercer dans un temps où la considération d'ordre public qui les légitimait a perdu sa valeur. Supposons qu'une action intentée en France par un étranger commerçant, soit destinée à lui faire payer des intérêts usuraires stipulés en vertu d'une loi étrangère antérieurement à notre loi sur la liberté du taux de l'intérêt en matière de commerce[1]. Autrefois on aurait pu soutenir que cette action était contraire à l'ordre public, aujourd'hui on ne le peut plus, et la circonstance que l'acte juridique remonte à une époque où l'application de la loi étrangère eût été justement réputée en France contraire à l'ordre public, n'est d'aucune importance. Une seule question toujours la même se pose. L'application demandée de la loi étrangère troublera-t-elle notre ordre public? C'est une question de fait à laquelle les principes ordinaires du droit ne peuvent pas indistinctement s'appliquer.

Telle est donc la conclusion à laquelle nous arrivons. Il importe en droit international privé, de séparer soigneusement les principes relatifs à l'ordre public de ceux qui règlent l'application de la loi compétente. Ceux-ci sont internationaux, et par là même généraux.

---

[1] Loi du 12 janvier 1886.

Ils sont, ou tout au moins ils pourraient être communs à toutes les nations. En matière d'ordre public au contraire, tout est strictement national. Il y a donc deux ordres d'idées, deux domaines de droit différents : l'idée d'ordre public est empruntée au domaine national et non au domaine international : par rapport à ce dernier, au véritable droit international, la question de savoir si dans telle hypothèse déterminée l'application de la loi compétente doit être arrêtée par des raisons d'ordre public est une question de fait et non pas précisément une question de droit.

## IV.

### DES RÈGLES PROPRES A GUIDER LE JUGE DANS L'APPRÉCIATION DES RAPPORTS QUE PRÉSENTENT LES LOIS AVEC L'ORDRE PUBLIC.

Ces principes vont nous permettre de bien délimiter la mission du juge en notre matière. Nous avons acquis cette conviction que l'ordre public est à la fois exceptionnel, unique, national et actuel, c'est en commentant ces quatre qualifications que nous parviendrons à définir le devoir du juge et à élucider les difficultés particulières que comprend notre sujet.

Influence du caractère exceptionnel des lois d'ordre public sur la procédure.

Nous avons démontré d'abord que dans l'ensemble des lois d'une nation, celles qui touchent à l'ordre public constituent l'exception. Ce premier caractère doit avoir son contre-coup soit sur la marche de la procédure, soit sur le fond du droit. Examinons donc ses conséquences à ce double point de vue.

Le moyen tiré de l'ordre public en vue de faire obstacle à l'application de la loi compétente ne constitue pas, quoique exceptionnel, ce qu'on appelle en procédure une exception. La partie qui l'invoque ne se borne pas à critiquer la forme de la demande de son adversaire, elle soutient que cette demande est mal fondée en droit, comme contraire au principe que les lois étrangères perdent toute compétence, lorsque leur application aboutirait à troubler l'ordre public. Ce moyen eût pu sous l'ancien droit, être compté parmi les exceptions péremptoires au fond : aujourd'hui, il n'est pas douteux que ce ne soit un véritable moyen de défense; ce n'est pas la procédure seule,

c'est l'existence même du droit qui est mise en question[1]. Donc aussi le moyen tiré de l'ordre public une fois admis, et la prétention du demandeur se trouvant de ce fait repoussée, l'exception de chose jugée empêchera que cette prétention puisse être renouvelée.

L'exception d'ordre public, entendue dans le sens que nous venons de déterminer, pourra être opposée en tout état de cause jusqu'à la clôture de l'instance, elle pourra être proposée devant la Cour d'appel, alors qu'elle ne l'a pas été devant le tribunal de première instance, elle pourrait même, suivant nous, être soulevée devant la Cour de cassation. Ce point mérite quelques explications et comprend deux questions distinctes : il faut se demander d'abord si un jugement peut être déféré en France à la Cour de cassation, pour avoir méconnu ou reconnu sans motifs plausibles, que l'application d'une loi étrangère, dans l'espèce en question, violerait l'ordre public français. En général et sauf quelques exceptions, il est admis que la fausse application des principes du droit international privé ne saurait, en France, donner lieu à cassation par la raison que notre cour de cassation a été instituée pour maintenir dans l'application des lois françaises, l'unité de la jurisprudence, mais qu'on ne lui a pas donné pour mission de servir de pouvoir régulateur, quant à l'application des principes du droit international privé. Nous n'hésitons pas à décider que la question particulière de l'ordre public rentre au contraire dans les attributions normales de la Cour suprême. C'est, nous l'avons démontré, une question purement nationale que celle-là, pour nos juges elle est exclusivement française et, par suite, ils donnent bien une fausse interprétation de la loi française, lorsqu'ils refusent de voir l'ordre public là où en réalité il est engagé, et inversement lorsqu'ils croient voir l'ordre public engagé dans une matière qui lui est étrangère. La censure de la Cour de cassation s'étendra donc légitimement aux arrêts de cette sorte. Cependant on doit remarquer que l'ouverture à cassation n'est possible que si l'application de la loi étrangère est contraire à une loi d'ordre public. S'il s'agissait d'une question de mœurs, la solution de cette question étant nécessairement motivée en fait échapperait à la censure de la Cour suprême.

---

[1] Garsonnet, t. I, p. 617; Bonfils, *Proc.*, p. 179.

Une seconde question s'élève encore relativement aux pouvoirs de la Cour de cassation. Le moyen de l'ordre public peut-il être invoqué pour la première fois devant la Cour suprême? Cette difficulté, remarquons-le, est de nature à ne se présenter que rarement, car il faut supposer un litige international devant la Cour de cassation, ce qui ne peut arriver que lorsque la loi étrangère violée est d'une application commandée par un traité ou par un texte formel de nos lois françaises. Mais, en pareille hypothèse, il faut admettre que le moyen tiré de l'ordre public peut être proposé devant la Cour de cassation : il est admis, en effet, que les moyens d'ordre public peuvent être opposés quoique nouveaux devant la Cour suprême, pourvu que les juges du fond aient eu connaissance des faits sur lesquels ils reposent, et, dans l'hypothèse, ces faits n'étant autres que l'application demandée de la loi étrangère, il n'est pas possible que les juges du fond ne les aient pas connus[1].

Il est facile de définir quels seront, dans les questions de cet ordre, les droits et les devoirs du ministère public. Les causes concernant l'ordre public sont les premières de celles que l'article 83 du Code de procédure civile déclare communicables au ministère public. Toutes les fois donc où l'exception d'ordre public sera soulevée, la cause devra être communiquée au ministère public qui prendra ses conclusions à l'audience. Quant au point de savoir si le ministère public pourrait agir comme partie principale et provoquer lui-même l'instance destinée à revendiquer contre l'application des lois étrangères les droits de l'ordre public français, il ne convient pas de l'aborder ici. On sait combien cette question est controversée. Les auteurs qui donnent action au ministère public chaque fois que l'ordre public est intéressé, la résoudront par l'affirmative, ceux qui s'en tiennent aux textes formels de la loi embrasseront l'opinion contraire[2].

Nous pensons aussi que si le moyen d'ordre public était omis par les parties, il pourrait être suppléé par le juge, en vertu d'un

---

[1] Garsonnet, *Précis*, p. 949.

[2] Cette question est traitée avec tout son développement par M. Alglave (*Action du ministère public*, t. I) qui adopte, avec la jurisprudence et contre la majorité des auteurs, la première des deux opinions que nous avons indiquées.

principe universellement reconnu en procédure, car l'ordre public ne saurait être à la merci des caprices des particuliers, et les magistrats chargés d'assurer l'application de la loi se trouvent par là même investis du devoir de relever et de sanctionner ses justes exigences.

Disons enfin quelque chose de la preuve. C'est à celui qui prétend que l'ordre public commande l'application de la loi française qu'il appartient de prouver son assertion. Cela va sans difficulté s'il est demandeur à l'instance, s'il est défendeur nous donnerons encore la même solution. Il nous semble qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime « *Reus in excipiendo fit actor.* » Le défendeur ne conteste pas en effet, directement au moins, les prétentions du demandeur, il ne nie pas que la loi compétente, d'après les principes du droit international privé, ne soit celle dont le demandeur réclame l'application, il se borne à opposer cette raison décisive que la loi sur laquelle se fonde son adversaire serait de nature à troubler l'ordre public français. C'est une prétention nouvelle, absolument distincte de l'objet principal de l'action, et qui n'appartient même pas au même ordre d'idées, car l'action est intentée au nom du droit international et la réplique donnée au nom du droit et des intérêts nationaux [1].

Par application de ces idées, nous n'hésitons pas à décider que la personne qui poursuit en France l'exécution d'un jugement étranger n'a pas à démontrer que ce jugement ne présente rien qui soit de nature à troubler l'ordre public français : c'est à son adversaire que revient le soin de soulever, s'il y a lieu, cette exception et de la justifier ; à défaut de celui-ci, ce soin incombe au ministère public. Contrairement à cette solution, plusieurs documents officiels, textes de lois ou traités internationaux imposent à celui qui se prévaut d'un jugement rendu à l'étranger, l'obligation de prouver que cet acte est conforme aux lois d'ordre public du pays dans lequel il doit recevoir son exécution. Ces textes nous paraissent avoir exagéré sans nécessité les exigences du droit commun.

**Influence du caractère exceptionnel de l'ordre public sur le fond du litige.**

Le caractère exceptionnel des lois d'ordre public est également fécond en conséquences, si l'on se place au point de vue du fond du

[1] On admet que la personne qui réclame l'exécution d'une obligation n'a pas à prouver qu'elle est fondée sur une cause licite. Il doit être de même de la personne qui réclame l'application d'une loi étrangère, elle ne doit pas être forcée à démontrer que sa prétention n'est pas contraire à l'ordre public.

droit et si l'on cherche à poser quelques idées générales qui puissent aider le juge dans la solution des questions particulières qui lui sont soumises[1]. Les exceptions sont et doivent être d'une interprétation stricte. Appliquant cette idée à notre matière, nous poserons la règle suivante : l'exception d'ordre public ne peut être utilement opposée qu'autant que l'application demandée de la loi étrangère aurait pour effet de mettre la force publique française au service d'un droit ou d'une situation juridique directement contraire à cet ordre public ; au delà de ces termes elle est inutile et par là même injuste.

La loi française ne peut pas être considérée comme ayant eu l'intention d'étendre aux étrangers les institutions juridiques qu'elle a établies ; son seul soin doit être d'assurer l'ordre intérieur de l'État. Or, cet ordre qui consiste dans un certain état de fait ne peut être troublé que lorsque se produit un fait contraire à son maintien. C'est dire qu'il ne sera jamais compromis que par des faits extérieurs, des actions de l'homme, et que tout droit peut être invoqué à juste titre devant nos tribunaux à la seule condition, qu'on ne s'en prévale pas pour accomplir des actes contraires à l'ordre public, ou tout au moins pour assurer le maintien d'un état de fait présentant ce même caractère. Cette formule un peu abstraite sera éclairée par les solutions pratiques qui vont suivre, elle nous permettra de résoudre simplement certaines questions, qui ont autrefois beaucoup embarrassé les praticiens et dont la solution demande à être mise au-dessus de toute contestation.

A l'époque où le divorce était interdit en France, nos tribunaux ont longtemps hésité à permettre à l'étranger régulièrement divorcé dans son pays de se remarier dans le nôtre. Enfin, depuis 1860, la jurisprudence lui reconnaissait ce droit. Pour nous cette solution est l'évidence même. Le but de l'action est un mariage, institution émi-

---

[1] C'est en vain qu'en notre matière on essaierait de poser des principes rationnels ou empiriques qui permettent de déterminer directement quelles lois sont d'ordre public. Tous ceux qui ont essayé de le faire ont échoué. La seule méthode vraiment fructueuse consiste, à notre avis, à établir quelques idées générales dont l'objet est de diminuer progressivement l'incertitude de la question en indiquant au jurisconsulte et au juge la voie dans laquelle ils doivent marcher, et en les prémunissant contre les erreurs auxquelles ils sont exposés. Cette méthode, bien employée, peut faire espérer que l'on parviendra à éliminer peu à peu tout arbitraire dans la décision des questions concernant l'ordre public.

nemment conforme à l'ordre public. Quant à la qualité de conjoint divorcé elle n'est pas par elle-même contraire à l'ordre public plus que la qualité de veuf ou de célibataire. C'est le fait même du divorce qui peut être considéré comme contraire à l'ordre public. Au moment où la question se pose devant nos tribunaux le mal est fait, il n'y a pas à y revenir, et la résistance des juges français ne se comprendrait que s'il était en leur pouvoir d'obliger les époux divorcés à se réunir de nouveau [1]. Nous résoudrons d'une façon identique une autre question non moins célèbre. L'enfant naturel peut-il invoquer en France sa filiation paternelle judiciairement reconnue sur sa demande par un tribunal étranger. Ici, encore le but en vue duquel l'enfant invoque son statut personnel n'a rien que de conciliable avec l'ordre public. Quant à la règle de l'art. 340, il est beaucoup trop tard pour l'invoquer. Le mal qu'elle veut prévenir est déjà fait, le scandale qu'elle entend éviter s'est produit. Qu'on ne parle donc pas d'ordre public [2] ! On voit par là qu'un étranger doit être reçu chez nous à invoquer une qualité personnelle qu'il n'a pu obtenir qu'en exerçant un droit contraire à notre ordre public, pourvu que cette situation juridique par elle-même ou par les conséquences qu'elle peut de plein droit entraîner ne mette pas notre ordre public en danger. Ce que nous venons de dire de l'enfant naturel simple, nous le dirions également de l'enfant adultérin ou incestueux. Reconnu régulièrement dans un pays étranger, en Prusse par exemple, il peut invoquer en France les droits issus de cette reconnaissance. L'ordre public français n'exige nullement qu'un enfant de cette espèce ne puisse faire valoir aucuns droits contre son père, il défend la constatation juridique de relations immorales. Cette constatation une fois opérée, l'ordre public français est désintéressé.

---

[1] V. cependant en sens contraire un jugement de la Cour ecclésiastique de Guernesey (5 déc. 1888, *J. d. i.*, *p.* 89, p. 130) qui a annulé le second mariage d'une femme régulièrement divorcée en Angleterre, par cette raison que le divorce n'est pas reconnu à Guernesey. — M. Daireaux rapporte qu'il existe dans la République Argentine une jurisprudence analogue.

[2] La jurisprudence française a longtemps hésité à reconnaitre la filiation d'un enfant naturel étranger, lorsque l'établissement de cette filiation avait été la conséquence d'une action en recherche de la paternité. On a coutume de dire qu'aujourd'hui cette filiation est reconnue par les tribunaux français, mais nous ne connaissons pas de document qui justifie cette affirmation.

Venons à des questions plus délicates. M. Duguit (Conflits de lois en matière de filiation (*Journal dr. intern. privé,* 1885, p. 371) enseigne que l'ordre public ne s'oppose pas à ce qu'un étranger fasse valoir devant les tribunaux français une cause de désaveu puisée dans sa législation nationale et non admise par la loi française. Nous ne pouvons pas partager son avis. Toute cause de désaveu est menaçante pour l'ordre public, car elle met en jeu l'honneur de la femme et la dignité du mariage. L'action en justice, quel que soit son résultat, est fatale pour l'union des époux. Aussi le législateur n'a fait céder la présomption de paternité du mari de la mère dans les seuls cas où elle serait à son égard d'une injustice flagrante. Quelle que soit la nationalité des époux, ces raisons conservent la même force et comportent la même solution. L'action en désaveu ne pourra donc jamais être intentée par un étranger que pour une des causes admises par la loi française.

On sait que chez nous une société ne peut valablement comprendre les successions à échoir aux sociétés. Il y a certainement là une disposition d'ordre public. Mais le respect dû à l'ordre public s'oppose-t-il à ce que la justice française ordonne la liquidation d'une société étrangère formée sous cette condition? Le tribunal de la Seine [1] a résolu affirmativement la question. Cette décision mérite d'être approuvée. La loi française a voulu couper court aux fraudes auxquelles l'admission de cette clause pourrait donner lieu, car c'est au moment de la liquidation que ces fraudes reçoivent leur consécration définitive et donnent à leurs auteurs le bénéfice illicite qu'ils ont prétendu réaliser.

Cette dernière espèce mérite d'être remarquée. Nous nous sommes prononcé dans le sens de la territorialité, et cependant l'action, si l'on ne considère que son objet pris isolément, ne concerne pas l'ordre public. De quoi s'agit-il, en effet, si ce n'est de l'exécution d'une obligation au paiement d'une somme d'argent. La violation de l'ordre public n'apparait que si l'on rapproche cette obligation de sa cause, on voit alors que, reconnue valable, cette obligation aurait pour conséquence de consacrer un contrat dont les clauses sont contraires à l'ordre public. C'est bien dans le fait de cette consécration légale

---

[1] 18 juillet 1884. Cl. 86. p. 208.

que consisterait le trouble apporté à la société. Concluons de là que bien que la notion d'ordre public soit exceptionnelle, il n'est pas nécessaire pour que notre règle reçoive application que l'action ait un objet illicite par lui-même et indépendamment de sa cause. Le trouble à l'ordre social peut résulter de la relation entre l'objet de l'action et la cause juridique sur laquelle elle est fondée. C'est par ces considérations que l'on peut justifier la jurisprudence belge [1], qui déclare illicite la contrebande faite au détriment d'un État étranger, et refuse de reconnaître les obligations résultant de conventions passées à l'étranger et relatives à des loteries, jeu prohibé par la loi belge.

Ce ne sont là que des exemples et il faut conclure. Le juge saisi d'une question d'ordre public devra la résoudre en considérant uniquement l'objet de la demande dont il est saisi. Si cet objet, soit considéré en lui-même, soit par sa relation avec sa cause, soit par ses conséquences directes et nécessaires, porte quelque trouble à l'ordre social, il rejettera la demande [2]. Si, au contraire, il constate dans le passé un trouble déjà causé ou s'il craint un trouble futur et éventuel, l'ordre public n'est pas véritablement engagé et l'application de la loi compétente est de droit.

**Conséquences pratiques de l'unité de l'ordre public.**

Nous avons précédemment essayé de démontrer le caractère unique de l'ordre public en combattant la distinction des deux ordres publics que nous considérons comme purement factice. Il y a certainement une grande analogie entre les lois de protection et les lois d'ordre public et c'est à cette analogie que remonte le plus grand nombre des hésitations et des erreurs commises en cette matière. Bien souvent, on le comprend, en essayant de tracer les limites de cet ordre public relatif et interne qui n'existerait que par rapport aux seuls nationaux, l'interprète perd la juste mesure, tombe dans l'exagération et par suite aboutit presque fatalement à étendre au delà des bornes du

---

[1] Bruxelles, 17 fév. 1886. *J. d. i. p.*, 87, p. 214. Bruxelles, 27 mai 1886. *J. d. i. p.*, 88, p. 838.

[2] Il est si vrai que le juge doit considérer uniquement l'objet de la demande formée devant lui que l'on peut rencontrer des institutions qui ne sont d'ordre public que dans certaines de leurs applications, et que l'on irait à une erreur certaine en essayant de porter sur elles à ce point de vue une appréciation générale. Tel est, d'après M. Olivi, le caractère de l'obligation alimentaire (R. D. I., t. XVII, p. 55). Son opinion nous parait du reste parfaitement fondée.

juste la territorialité des lois au détriment des intérêts étrangers[1]. De pareilles erreurs ont été autrefois fréquentes dans la pratique judiciaire; elles le sont moins de nos jours, grâce à la réaction de la doctrine, et cependant nombre de questions existent encore dans lesquelles cette notion erronée entraîne le juge à des empiètements sur le domaine de la législation compétente. On peut être porté d'abord à s'en étonner si l'on songe que la distinction des deux ordres publics est née d'hier à peine, on en est convaincu lorsque l'on examine les documents que nous fournit la pratique : bien avant que la distinction précitée fût proposée au nom de la science, il existait déjà dans l'esprit des magistrats une certaine confusion entre les lois tendant à la protection des intérêts particuliers et les lois tendant à la protection des intérêts sociaux, et cette confusion exerçait une influence malheureuse sur leurs décisions. Nous allons le constater.

Nous avons observé déjà qu'il existe une antinomie regrettable entre les conclusions admises par la doctrine et celles de la pratique touchant l'état et la capacité de l'étranger[2] : tandis que la première proclame que l'étranger doit être en cette matière exclusivement assujetti à l'empire de son statut personnel, la seconde s'obstine à refuser d'accepter cette règle dans toute sa généralité, et persiste à faire régir dans certains cas, plus ou moins nombreux suivant les pays, l'état et la capacité de l'étranger par la loi territoriale[3]. Il est à peine besoin de dire que la doctrine a raison contre la pratique, mais ce qui mérite d'être remarqué c'est que cette erreur provient d'une mauvaise analyse de la nature des lois d'État et de capacité. C'est parce que les lois de cette sorte sont réputées d'ordre public vis-à-vis des nationaux que ceux qui font la loi, comme ceux qui l'appliquent, ont été entraînés à en étendre peu ou beaucoup l'application aux étrangers, toujours sous le couvert de cette même raison d'ordre public. La

---

[1] Sans doute les lois qualifiées d'ordre public interne sont, de l'aveu même de leurs auteurs, en dehors du domaine de l'ordre public international, mais il n'est pas moins vrai que si on recule les limites de l'ordre public interne on se trouve presque fatalement entraîné à reculer également les limites de l'ordre public international.

[2] V. sur ce point une étude de M. Surville dans la *Revue critique*, 1889, p. 463.

[3] V. pour la France, Trib. Seine, 1er juillet 1886. Cl. 87, p. 178. Le nouveau code italien s'est rangé sur ce point à l'avis de la doctrine (art. 6).

dualité de l'ordre public étant donnée, peut-on leur en faire un crime? nous ne le pensons pas. Une fois que l'on a admis qu'à un point de vue quelconque une loi touche à l'ordre public, il est bien difficile de ne pas lui reconnaître le même caractère à tous les autres points de vue, et la véritable faute remonte à ceux qui n'ont pas su démêler le véritable caractère de ces lois et les ont baptisées à tort lois d'ordre public.

Une autre question, non moins célèbre et non moins discutée, est relative au caractère de la légitimation par mariage subséquent en droit international privé [1]. Notre jurisprudence française la déclare d'ordre public et en accorde le bénéfice aux enfants étrangers même lorsque leur statut personnel (c'est le cas pour l'Angleterre par exemple) n'admet pas cette sorte de réhabilitation. Certes cette décision fait grand honneur aux idées morales de la magistrature qui la consacre, mais en droit est-elle exacte? On peut en douter si l'on considère qu'il s'agit d'une institution de la famille et si l'on réfléchit que, quelles que soient nos idées personnelles sur les devoirs du père naturel par rapport à son enfant, il est bien certain, bien évident que la constitution d'une famille anglaise ne touche pas à notre ordre public, et que le refus de la légitimation opposée à un enfant étranger ne menace à aucun point de vue la conservation de l'État français. Quoi qu'il en soit, il est facile d'apercevoir que cette jurisprudence ne se serait jamais formée si la légitimation n'était pas en ce qui concerne les Français considérée comme une institution d'ordre public. Et, en vérité, c'est une institution si morale, si utile, si précieuse, que l'on est bien tenté de lui reconnaître ce caractère. Ce serait à tort, nous le croyons : c'est une loi de protection et rien de plus, et pour le démontrer, sans entrer de nouveau dans une controverse déjà traitée, nous ferons remarquer que si le maintien de l'ordre public était lié à la légitimation par mariage subséquent on ne comprendrait pas qu'il pût y avoir des classes entières d'enfants auxquelles cette faveur est refusée [2].

---

[1] V. au sujet de la légitimation une note très juste de M. Chausse sur l'arrêt de Rouen du 5 janvier 1887 (*Revue critique*, 1888, p. 195).

[2] On peut dire à la rigueur de la légitimation ce que nous avons dit des incapacités. Il est d'ordre public qu'il existe une légitimation des enfants naturels, et la

La nature des lois sur la réserve héréditaire est très contestée : il est notamment assez difficile de déterminer les rapports qu'elles présentent avec l'ordre public[1]. Notre pratique française incline à les considérer comme territoriales et applicables même aux successions d'étrangers qui se règlent en France (voir les arrêts cités dans le journal de Clunet) et cela pour des raisons d'ordre public : nous en avons comme garant le texte même de ses arrêts où se rencontre généralement comme motif l'allégation des exigences de l'ordre public, et cette circonstance qu'elle applique la loi française aussi bien à la succession mobilière qu'à la succession immobilière[2]. Ici encore on peut dire avec certitude que la jurisprudence ne considère la réserve comme d'ordre public en droit international que parce qu'elle la répute d'ordre public interne et vis-à-vis des Français. Les magistrats auraient sans doute hésité à donner cette solution s'ils avaient réfléchi que l'idée de réserve ne s'explique plus actuellement par la nécessité toute politique de la conservation des biens dans les familles, car alors le législateur n'aurait pas dû laisser les héritiers sans garantie contre les aliénations à titre onéreux de leur auteur, qu'elle se justifie beaucoup mieux par une idée de protection, par la nécessité qui s'impose de garantir un mourant contre les défaillances de sa volonté, de le sauver des tentatives de captation qui pourraient être dirigées contre lui si la loi ne veillait pas à ses côtés[3]. Donc une fois de plus, c'est une idée contestable d'ordre public interne qui a contribué à étendre outre mesure le domaine de l'ordre public international.

---

personne à laquelle son statut personnel interdirait toute légitimation devrait être, au nom de l'ordre public, reçue en France à invoquer la loi française sur ce point. Mais ce qui n'est pas d'ordre public, c'est telle ou telle espèce de légitimation, la légitimation par mariage subséquent par exemple, et un étranger, dont la loi personnelle reconnait une espèce quelconque de légitimation, n'a aucun motif de réclamer chez nous le bénéfice de la légitimation par mariage subséquent.

[1] V. la question traitée dans Clunet, 1888, p. 77.

[2] V. en ce sens une réquisition du procureur général Ronjat devant la Cour de cassation (Arrêt du 11 fév. 1890. *Gazette du palais,* 27 fév.).

[3] Il est à remarquer que, dans notre ancien droit, la réserve coutumière qui avait certainement un caractère politique et d'ordre public était bien plus étendue que ne l'est notre réserve actuelle et se trouvait en outre complétée par l'institution du retrait lignager.

Le principe de l'unité de l'ordre public et la distinction des lois de protection individuelle et des lois d'ordre public va nous servir soit à justifier, soit à critiquer d'autres décisions également intéressantes quoique d'une moindre portée. Le tribunal du Hàvre [1] a décidé que le privilège d'insaisissabilité des salaires de gens de mer ne pouvait être invoqué que par les seuls marins français, car c'est pour eux seuls qu'il a été institué ; au contraire, la cour de Paris [2] a décidé que le privilège de l'insaisissabilité des deniers de l'État devait s'appliquer en France même au profit d'un État étranger. Ces deux décisions ont été l'une et l'autre bien rendues. C'est avec raison que la cour de Paris, à l'appui de la seconde, invoquait le principe de l'indépendance des États et son caractère d'ordre public ; c'est avec raison aussi que le tribunal du Hàvre n'a pas prononcé le nom d'ordre public. Les marins ne seraient pas privilégiés que l'ordre public n'en serait pas menacé, mais il est utile et juste en raison des risques de leur profession et des intérêts de notre marine de leur donner ce privilège, et il n'existe aucun motif d'étendre aux étrangers une protection créée au profit des seuls nationaux [3].

Une comparaison analogue peut être faite en matière de prescription extinctive. En matière civile, il est généralement admis que la durée plus ou moins grande de la prescription extinctive d'une obligation dépend de la loi particulière du contrat [4] ; en matière criminelle au contraire, on refuse l'extradition lorsqu'il y a prescription de l'action publique ou de la peine d'après la loi du lieu où se trouve le coupable, alors même que d'après la loi du lieu où le crime

---

[1] 27 avril 1886. Cl. 87, p. 68.

[2] 22 mars 1889. Cl. 1889, p. 461.

[3] Au contraire le tribunal d'Empire d'Allemagne a décidé que l'interdiction de la séparation de biens volontaire devrait être étendue même à des époux dont le régime nuptial autorise cette séparation (Arrêt du 7 octobre 1884, *J. d. i. p.*, 1886, p. 780). N'a-t-il pas en jugeant ainsi commis une confusion et pris pour une loi d'ordre public ce qui n'est en réalité qu'une loi de protection ?

[4] La question de la détermination de la loi, qui régit la préservation extinctive des obligations en matière internationale, compte parmi les plus controversées de notre science. M. Weiss, *Dr. int.*, p. 425. MM. Weiss et Despagnet se rallient à l'opinion mentionnée au texte. Cf. Mérignac, *Rev. crit.*, 1884, p. 113.

a été commis, cette prescription n'est pas encore acquise[1]. Comment justifier cette différence? Dira-t-on que la prescription civile est d'ordre public interne ; on comprendrait difficilement qu'il existât un motif d'ordre public à déclarer une obligation prescrite plus tôt ou plus tard qu'un autre, tandis que tout s'explique aisément si l'on considère qu'en matière civile la prescription appartient au droit privé en tant que secours donné au débiteur, tandis qu'en matière criminelle, elle appartient à l'ordre public[2].

Remarquons, en terminant ce sujet, que toutes les lois auxquelles nous venons, soit avec la jurisprudence, soit contre elle, de donner le caractère de lois d'ordre public, sont cependant indépendantes de la volonté des intéressés, et concluons en que, d'après la pratique même, il n'y a pas là un critérium infaillible pour discerner des lois d'ordre public. Inversement cette même idée trop répandue entraine parfois la pratique à sanctionner des conventions qui devraient être déclarées nulles. Ainsi la Cour de cassation de Florence[3] a déclaré que la clause du connaissement par laquelle l'armateur se décharge de la responsabilité des fautes du capitaine n'est pas contraire à l'ordre public. Même solution dans un arrêt d'Amsterdam[4]. Ici et là on conclut à la validité de cette clause. Les prémisses sont bonnes, la conclusion nous paraît contestable, car il y aurait eu lieu de rechercher si les lois en question n'avaient pas le caractère de lois de protection et ne devaient pas en cette qualité être supérieures à toute convention contraire. Qu'elles ne soient pas d'ordre public, comme du reste le proclament les arrêts précités, cela est certain ; mais est-ce là une raison suffisante pour déclarer qu'elles peuvent recevoir des atteintes du chef des particuliers pour lesquels elles sont faites?

---

[1] Trib. fédéral suisse, 5 mars 1886, Cl. 89, p. 347.

[2] Citons enfin dans cet ordre d'idées un arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1886 (*J. d. i. p.*, 86, p. 597), décidant que l'art. 14 du décret du 7 avril 1860, touchant le droit de rapatriement des marins du commerce, est une disposition générale absolue et d'ordre public, et doit être appliqué même lorsque l'armement du navire a eu lieu à l'étranger. Nous sommes d'accord sur la solution même, mais nous observerons qu'il n'était pas besoin d'invoquer une raison contestable d'ordre public pour la justifier ; la simple énonciation de l'idée de protection dont la présence dans l'hypothèse est incontestable eût suffi pour entrainer cette solution.

[3] 14 juin 1880, Cl. 88, p. 554.

[4] 26 novembre 1886, Cl. 88, p. 560.

Conséquences pratiques du caractère national de l'ordre public.

Nous arrivons ainsi au développement de celui de nos principes qui entraîne le plus de conséquences pratiques importantes. L'ordre public est, nous le savons, essentiellement national, et nous entendons par là que l'application de la loi compétente au point de vue des principes du droit international ne pourra jamais être arrêtée que par les exigences de l'ordre public du pays dans lequel cette application est demandée. Cette idée mérite d'être examinée dans sa double influence sur la mission du législateur et sur la mission du juge.

Tout d'abord il convient de dire que, puisque l'ordre public est essentiellement national, il a sa place naturelle dans les recueils des lois intérieures de chaque pays. On peut douter de l'opportunité qu'il y a à enfermer dans le texte des lois positives les principes du droit international privé [1]. Mais il est indubitable que dans chaque pays la mission du législateur comprend le devoir de faire connaître quelles sont les lois d'ordre public, afin que l'on sache par avance dans quels cas l'application des lois nationales sera de rigueur. La compétence de chaque État est ici très généralement reconnue [2]. Elle est notamment proclamée avec beaucoup d'énergie par M. Alglave [3]. L'État n'est pas seulement le gardien de l'ordre public, il en est le suprême arbitre, en ce sens que c'est le législateur qui, dans chaque pays, décide ce qui doit être dans la législation réputée d'ordre public [4]. Ses pouvoirs à cet égard sont absolus et ses erreurs même les plus évidentes ne constituent pas moins des décisions obligatoires. La Convention, en décrétant la loi du 17 nivôse an II, sur les successions, avait décidé qu'elle s'appliquerait rétroactivement aux héré-

[1] Pour nous, nous croirions volontiers que l'insertion des principes positifs de droit international dans les corps de loi est pour le développement de notre science un obstacle bien plus qu'une aide, et qu'il en sera ainsi tant que les principes de cette branche du droit ne seront pas pleinement dégagés.

[2] Laurent, t. IV, p. 349. Despagnet, *J. dr. int. privé*, 1889, p. 18.

[3] *Action du min. public*, t. I, pp. 587 et s.

[4] De Wæchter (Archiv., t. XXIV, p. 240) définit bien les idées dont le législateur devra s'inspirer : « Dans la détermination légale de cette question (la solution des conflits de lois), le législateur devra principalement prendre en considération deux points de vue : d'une part, l'intérêt de son propre système juridique, l'exclusion des éléments de destruction et le maintien absolu des principes que commandent, soit des considérations d'un ordre supérieur, soit l'intérêt de la sûreté du commerce juridique, soit la dignité et l'indépendance de la législation, etc., etc. »

dités ouvertes depuis le 14 juillet 1789. C'était un commandement mauvais à tous égards, contraire aux principes les plus élémentaires du droit, et, en outre, d'une application si dangereuse qu'il fallut renoncer à l'exécuter. Tout cela n'empêchait pas que cette loi ne fût parfaitement régulière et obligatoire, ayant été faite pour des motifs d'ordre public. Ajoutons que le législateur, dans l'accomplissement de sa tâche, n'aura à se préoccuper ni de ce qui s'est fait dans les pays voisins ni de ce qui s'est fait avant lui. Il a à pourvoir à l'ordre public du pays auquel il commande et, au moment où il commande, il doit donc s'inspirer exclusivement de l'organisation actuelle de la seule société pour laquelle il légifère. Il tombe sous les sens du reste que les limites de l'ordre public varieront suivant les pays, chaque pays n'étant pas arrivé au même degré de développement et ne pouvant supporter sans danger une même somme de libertés. Et dans un même pays, il est fréquent que ce qui était impossible la veille devienne possible le lendemain, ou inversement qu'une liberté accordée ait donné lieu à tels abus que la promulgation d'une loi d'ordre public soit devenue nécessaire. Nous vivons en France sous le régime de la liberté de la presse : demain peut-être, cette liberté sera limitée au nom et dans l'intérêt de l'ordre public. Un bon corps de lois d'ordre public ne doit avoir que peu de fixité, il faut que semblable à ces merveilleux instruments qui notent et enregistrent les moindres inflexions de la voix humaine, il porte l'empreinte de toutes les transformations que subit l'état social du peuple pour lequel il a été fait.

De là il résulte que nécessairement, tant qu'il y aura des nations différentes, il y aura aussi des ordres publics différents [1]. Ceci ne laisse point que de présenter des inconvénients pour la pratique du droit international privé. Les mêmes obstacles que présente au point de vue du développement des relations internationales la diversité des théo-

[1] M. Despagnet (*J. d. i. p.*, 1889, p. 218) pense que l'influence prolongée d'une civilisation pareille finira par faire disparaître le plus grand nombre des différends qui existent aujourd'hui dans la conception de l'ordre public chez les différents peuples. Cette transformation est possible et même souhaitable, mais il est à craindre qu'elle ne s'accomplisse que fort lentement, car trop souvent le souverain est intéressé à s'opposer à toutes les innovations d'une portée sociale considérable, craignant que son autorité ne s'en trouve diminuée.

ries admises chez les différents peuples, touchant le droit international privé, se reproduisent et se reproduiront toujours, quoique dans un cercle moins grand, par suite de la diversité des ordres publics nationaux. Les particuliers ne pourront jamais compter absolument sur l'application à leurs droits de la loi compétente, ne sachant pas s'ils ne seront point obligés de les faire valoir dans un pays où cette loi compétente sera jugée contraire à l'ordre public. Cet inconvénient est plus ou moins sensible suivant les cas. Entre nations de civilisations très différentes, il sera si grand qu'il rendra impossible l'application d'un droit international commun, cette application étant par avance condamnée à être entravée par des considérations d'ordre public. Entre États ayant suivi plus ou moins vite le même courant de civilisation, l'obstacle est infiniment moins grand : il peut cependant tel quel être fort gênant pour le commerce international quotidien, et nous avons à nous demander quels remèdes pourront être apportés à cette situation. Ce remède doit être cherché dans la pratique des conventions diplomatiques générales qui auront pour effet de faire disparaître les inégalités les plus choquantes sans compromettre cependant les intérêts vitaux de chaque État. Le passé est à cet égard fertile en enseignements. Dans chaque pays, les lois sur le régime monétaire sont d'ordre public. On sait quelles difficultés engendrait tant pour les voyageurs que pour les commerçants la diversité des monnaies. Depuis que l'union latine a été conclue, ces inconvénients ont presque complètement disparu. De même les conventions postales télégraphiques douanières ont fait tomber les plus gênantes des barrières qui entravaient les relations internationales. De même encore les unions pour la protection des propriétés intellectuelles ont rendu à l'unification des principes d'ordre public des services signalés. En dépit des progrès accomplis, l'œuvre est encore bien imparfaite et il subsiste une quantité de matières d'ordre public qu'il serait urgent de réglementer à l'aide de conventions semblables. Nous n'en citerons que deux particulièrement intéressantes, parce qu'elles touchent de plus près aux intérêts privés. Les lois sur la condition des étrangers et sur la compétence des tribunaux à leur égard sont essentiellement du domaine du droit interne de chaque État ; en qualité de lois d'ordre public elles varient d'un lieu à l'autre, et cependant un accord sur ces deux points ne serait-il pas de première nécessité ? A quoi bon un droit international, si chacun ne sait pas par avance quels sont

les droits dont il jouira à l'étranger, et, de même encore, à quoi bon un droit international si l'on n'est pas assuré par avance qu'il recevra partout sa sanction. Il serait grandement temps de débarrasser la pratique de ces limitations sans fondement apportées à la jouissance des droits civils de la part des étrangers, de ces conditions de réciprocité qui constituent dans chaque pays un obstacle permanent à l'amélioration de leur condition, et aussi de ces compétences exceptionnelles issues d'un esprit de méfiance et qui sont bonnes tout au plus à appeler contre leur auteur des mesures de rétorsion. Dans ces matières, comme partout où l'ordre public est en question, seules des conventions diplomatiques peuvent donner satisfaction aux intérêts du droit international privé [1].

Le caractère national de l'ordre public n'est pas moins intéressant à examiner dans son influence sur la mission du juge. Tout d'abord, il est certain qu'ici comme ailleurs le premier devoir du juge est d'appliquer la loi. Lors donc qu'une loi est déclarée d'ordre public par son auteur le juge est obligé, quelle que puisse être son opinion personnelle, de l'appliquer aux causes des étrangers. Un auteur allemand du nom de Struve, et dont l'opinion est rapportée notamment par de Wæchter et par de Bar, a, paraît-il, nié ce principe. Inutile d'ajouter qu'il est resté seul de son avis. Cependant on doit noter que Laurent[2] a commis une erreur du même genre en ce qui concerne

---

[1] Nous ne devons pas passer sous silence l'un des rapports de droit les plus importants au point de vue de notre science, et où l'action diplomatique est la plus nécessaire, la théorie de la nationalité. C'est encore une partie du droit intérieur de chaque État, partie dans laquelle la diversité des lois positives, en jetant l'incertitude sur la condition d'une foule de personnes, rend difficile l'application des principes internationaux. Il faudrait donc des traités pour introduire en la matière une certaine unité, et pour faire disparaître les situations les plus choquantes, l'heimathlosat par exemple. Cependant, comme les principes rationnels ne sont pas ici bien déterminés, que l'on se trouve en présence de plusieurs doctrines presque égales en force et entre lesquelles la science n'a pas encore décidé, les traités ne sauraient avoir pour résultat, comme dans les exemples portés au texte, de consacrer le triomphe d'une doctrine définitive. Ils prendraient le rôle plus modeste de la conciliation et sanctionneraient un provisoire acceptable en attendant que les progrès de la science permettent de dégager une solution définitive. On sait du reste qu'un grand nombre de conventions ayant cet objet ont déjà été conclues.

[2] *Dr. civ. int.*, t. V, p. 274 et s. — V. Despagnet, *loc. cit.*, pp. 18 et 19.

les bonnes mœurs. Il veut que le juge puisse se mettre au-dessus des préjugés locaux et décider en cette matière d'après ses lumières particulières, oubliant qu'en pareille hypothèse l'atteinte à l'ordre public réside moins dans la violation d'une loi morale juste, que d'une loi morale réputée juste par la masse de la nation. Le plus souvent la loi positive n'apportera au juge ni obligation, ni secours, elle sera restée muette et il aura à déterminer d'après sa seule raison ce qui doit être considéré comme essentiel à la conservation de l'État. Pour cela il ne devra jamais perdre de vue le caractère national de l'ordre public et, par suite, ne considérer ses exigences que relativement à l'État auquel il appartient.

Cette obligation est très généralement observée dans la pratique ; cependant on rencontre certaines décisions où l'application de la loi compétente a été arrêtée par la considération de l'ordre public d'un pays étranger. Disons immédiatement qu'il ne faut pas adresser ce reproche aux décisions de plus en plus nombreuses qui refusent de sanctionner les contrats relatifs à la contrebande pratiquée au détriment d'un État étranger. De pareilles conventions sont le signe patent de la démoralisation de ceux qui les passent, et les tolérer serait une façon de les encourager à la paresse et aux vices. Il y a donc bien là une question d'intérêt national [1].

La Cour suprême de l'État d'Iowa a décidé, par arrêt du 10 septembre 1887, que la loi de cet État interdisant la fabrication et la vente des spiritueux devait être appliquée à une fabrique établie sur le territoire de l'État et destinée exclusivement au commerce d'exportation. Cette solution ne peut s'expliquer, et ne s'explique en effet que par le souci de l'ordre public étranger. Il est sans doute très moral de vouloir épargner à un État voisin les désordres et la misère qui sont la conséquence des habitudes d'ivrognerie de la population, mais ce prosélytisme est-il bien dans le rôle du législateur, et si en fait, dans l'État d'Iowa, l'industrie en question ne blessait pas l'ordre public, n'était-ce pas manquer au respect dû à l'indépendance des États

---

[1] Bruxelles, 17 février 1886, *J. d. i. p.*, 1887, p. 214.

C'est par des raisons analogues que se justifie l'arrêt de la cour de Rome du 30 avril 1886, *J. d. i. p.*, 1888, p. 696, imposant au jeu de bourse les conditions de la loi italienne, même lorsqu'il porte sur le cours des valeurs dans une bourse étrangère.

voisins que de vouloir garantir leur ordre public? On arrive du reste avec une pareille théorie à un résulat qui frise le ridicule. Si, comme il est probable, les spiritueux fabriqués sont destinés à être écoulés dans un État qui considère comme parfaitement licite cette branche d'industrie et de commerce, c'est vouloir moraliser cet État malgré lui et prendre pour son ordre public des précautions que lui-même juge inutiles.

Un arrêt de la Cour de Neuchâtel, du 26 mars 1881 [1], donne prise aux mêmes critiques. La recherche de la paternité naturelle est interdite par la législation du canton de Neuchâtel. La Cour en a conclu qu'elle était en droit de refuser l'exequatur à un jugement du tribunal de Soleure qui avait attribué un enfant naturel à un Bernois domicilié à Neuchâtel, et avait condamné celui-ci à servir à l'enfant des allocations pécuniaires. Ce refus d'exequatur ne peut s'expliquer que par des considérations d'ordre public, et comme la recherche avait eu lieu hors de Neuchâtel entre les parties qui n'appartenaient point à la nationalité de ce canton, c'est en réalité à un ordre public étranger que les juges ont fait l'application de leurs idées personnelles.

On peut rattacher à cet ordre d'idées une question aussi importante en doctrine qu'en pratique, l'analyse de la nature des lois limitatives du taux de l'intérêt. Ces lois appartiennent-elles à la catégorie des lois d'ordre public et doivent-elles être réputées territoriales? Notre jurisprudence française se refuse à appliquer la limitation contenue dans la loi du 3 septembre 1807 aux prêts consentis dans des pays où le taux de l'intérêt est libre, lorsque du reste le lieu de formation du contrat n'a pas été choisi dans l'intention de faire fraude à la loi française. Voici en quels termes un jugement récent du tribunal de la Seine [2] motivait cette décision ; « Attendu que la loi de 1807 ne répond pas à un besoin général et supérieur qui lui assure le caractère d'une disposition d'ordre public, qu'il est constant et admis dans l'étendue des possessions françaises que le taux de l'intérêt peut être modifié et varier d'après les localités, l'état du marché et la valeur des opérations, etc. [3]. » Voilà certes un considérant qui témoigne de

---

[1] *J. d. i. p.*, 1887, p. 115.

[2] 3me chambre, 12 mai 1885, *J. d. i. p.*, 1885, p. 305.

[3] M. Weiss, *Dr. int.*, 2e éd., p. 639, est d'une opinion contraire, et pense que le tribunal français devra refuser la condamnation à des intérêts usuraires en quelque

l'incertitude des conceptions de ses auteurs touchant l'ordre public. En lui-même, il est fort sujet à la critique et il semble bien qu'il serait plus juste de prendre le contre-pied de la proposition qu'il énonce. S'il est vrai, en effet, que le législateur de 1807 n'avait pas en vue l'ordre public lorsqu'il fixait un maximum à la stipulation des intérêts, on se demande quel motif l'a poussé à limiter ainsi arbitrairement la liberté des conventions. Ce n'est pas seulement l'intérêt des emprunteurs, car la mesure prise aura souvent pour effet de supprimer leur crédit, et du reste le législateur n'a pas en général qualité pour intervenir dans les affaires particulières de personnes libres et maitresses de leur droit. Ce qui l'a déterminé, c'est bien évidemment qu'il a craint que, dans les temps difficiles, la trop grande accumulation de dettes onéreuses ne portât un coup fatal à la prospérité économique de l'État et n'en vînt à troubler jusqu'à l'ordre matériel. Les Romains avaient connu ce danger, et, à l'époque où ils légiféraient, les rédacteurs de la loi de 1807 ne pouvaient pas le dédaigner. Ces motifs sont bien d'ordre public et ce même caractère doit être attaché à leur œuvre. Si les auteurs du jugement que nous avons cité l'ont méconnu, c'est probablement qu'ils se figuraient à tort qu'une loi d'ordre public doit avoir dans tous les pays ce même caractère, tandis que partant de cette idée que l'ordre public est purement national et même local, ils ne se seraient pas étonnés de voir un précepte admis dans un pays au nom de l'ordre public, alors que cependant l'on ne le retrouve pas dans la législation des pays voisins. La décision du tribunal de la Seine est à l'abri de tout reproche. Seuls ses motifs sont critiquables, car il aurait fallu la fonder non point sur la négation du caractère d'ordre public, dans une loi où il est au contraire très apparent, mais sur ce principe que l'ordre public est essentiellement national. Les prêts faits à l'étranger ne menaçant en aucune façon l'ordre public français, il allait de soi que les dispositions de la loi de 1807 ne leur étaient pas applicables[1].

---

lieu qu'ait eu lieu la réalisation du prêt. Il est visible que la décision de M. Weiss est due à ce que les lois concernant l'usure font partie, d'après lui, de l'ordre public *international*, et qu'il est naturel dès lors de les appliquer à un prêt fait à l'étranger. S'il était parti de cette idée que tout ordre public est national, il se serait probablement rangé à l'avis général.

[1] La Cour de district de l'Orégon (9 août 1886. *J. d. i. p.*, 89, p. 501) a décidé

· A côté de ces solutions critiquables, on en trouve d'autres dans lesquelles ont été faites de judicieuses applications du caractère strictement national de l'ordre public. Ainsi, la Cour de Douai[1] a décidé que la nomination d'un administrateur provisoire des biens de l'aliéné enfermé dans une maison de santé (loi de 1838) ne pouvait avoir lieu lorsque l'aliéné était enfermé dans une maison étrangère.

De même, la Cour d'appel de New-York[2] a sagement jugé qu'un statut de la Caroline du Sud interdisant d'insérer une certaine clause d'irresponsabilité dans une certaine lettre de voiture n'était pas applicable au contrat passé dans la Caroline par une Compagnie de transports ayant son siège dans un autre État, alors que le transport en question devait être effectué d'un point à un autre d'un État étranger. En effet, bien que le contrat eût été passé dans la Caroline du Sud, l'ordre public de cet État était complètement désintéressé à son exécution.

Notre question s'est posée en 1877[3] devant la Cour de Lyon, dans les circonstances que voici : Un constructeur de machines destinées à l'exportation avait négligé l'observation des règlements de police spéciaux à cette industrie. De là se posait la question de savoir si les prescriptions desdits règlements doivent être considérées comme applicables aux machines qui doivent fonctionner exclusivement à l'étranger. Ces prescriptions étaient évidemment inspirées par le souci de la sûreté et de l'ordre public. On voit que c'était précisément le cas d'appliquer les principes que nous avons posés. Puisant les motifs de sa décision dans d'autres considérations, la Cour de Lyon n'a pas cru qu'il fût nécessaire de se prononcer sur la question : on ne peut que regretter sa détermination qui a privé la science d'un monu-

---

que c'est la *lex loci solutionis* qui doit déterminer le taux maximum des intérêts permis. Il nous semble que cette solution est mauvaise, comme fondée également sur la préoccupation d'un ordre public étranger. Le taux de l'argent dépend des conditions du marché au lieu où l'emprunt est réalisé. Le maximum cherché doit donc être celui que détermine cette loi.

[1] 9 août 1886, *J. d. i. p.*, 87, p. 176.

[2] 10 fév. 1888, *J. d. i. p.*, 88, p. 692.

[3] Lyon, 24 juillet 1877, *Journal du palais*, 1878, p. 78. Cet arrêt est en outre important en ce qu'il a jugé que la responsabilité générale des articles 1382 et 1383 est matière d'ordre public.

ment précieux. M. Bourguignat, dans ses annotations sur cet arrêt, n'a pas omis cette difficulté. S'inspirant de l'esprit des règlements des 22 et 23 mai 1843 et du décret du 25 janvier 1865, il la résout par la distinction suivante : S'agit-il de la fabrication, de la vente et de la livraison des chaudières considérées isolément de leur destination, les prescriptions susdites doivent être d'une application générale ; s'agit-il de l'emploi, de l'usage, de la destination des appareils tout montés et agencés, les règles portées par le législateur français ne sont pas applicables. Cette distinction ne saurait nous satisfaire. Étant donné que le législateur ne s'est pas expressément expliqué sur ce point, la véritable question à examiner était celle de savoir jusqu'à quel point l'ordre public français était intéressé à l'observation de ces règles. En raisonnant ainsi on arrive à la distinction suivante. S'il s'agit de règles imposées à la fabrication dans l'intérêt de la fabrication elle-même, par exemple, pour que les ouvriers qui y sont employés ne courent pas de dangers, elles concernent l'ordre public français et sont applicables; mais s'il s'agit de règles ayant trait au bon fonctionnement de l'appareil, à quelque époque du reste de la fabrication qu'elles s'appliquent, leur application à des appareils construits pour l'exportation constitue une immixtion injuste dans la réglementation d'un ordre public étranger.

Remarquons que les arrêts mêmes qui appliquent le plus correctement cette idée de bon sens que, dans chaque pays le juge ne doit tenir compte que de l'ordre public national, ne l'expriment pas sous sa forme générale dans leurs considérants. C'est une lacune regrettable et il serait à désirer que les juges n'hésitassent pas à poser franchement les principes que leur suggère leur raison. Le travail de la doctrine en serait facilité d'autant et gagnerait beaucoup en autorité grâce à l'appui que lui prêterait la pratique.

Par ces explications et par ces exemples, la mission du juge se trouve ainsi bien délimitée. Lorsque la raison d'ordre public sera invoquée devant lui, il examinera si la loi compétente froisse à quelque point de vue l'ordre public de son pays, et si l'examen a un résultat négatif, il sera de son devoir d'appliquer cette loi compétente, fût-elle contraire à l'ordre public d'un État étranger engagé dans l'affaire, car il n'entre pas dans ses pouvoirs de juger des exigences d'un ordre public étranger, ni de le garantir des atteintes qui pourraient lui être portées.

Conséquences pratiques du caractère actuel de l'ordre public.

Enfin nous avons relevé un dernier caractère des lois d'ordre public, leur caractère actuel. Le devoir du juge est de ne refuser l'application de la loi compétente que lorsqu'elle est contraire à quelque principe d'ordre public en vigueur au moment même de l'instance. Cette proposition est simple, presque trop simple, car elle paraît naïve, mais il est facile de voir que cette simplicité n'existe qu'à la surface et cache des questions très épineuses. Les difficultés viennent ici de ce qu'une loi d'ordre public du pays où une action est intentée peut avoir varié entre le moment où s'est produit le fait juridique générateur de l'action en justice, et le moment où cette action même est exercée. Celle des parties engagées au procès, qui aurait eu intérêt au maintien de l'ancien ordre de choses, ne peut-elle pas prétendre que l'existence d'une loi d'ordre public déterminée au moment où elle contractait, a fondé pour elle un droit acquis auquel une loi postérieure ne peut porter atteinte? Par exemple un prêt est fait dans un pays et les parties conviennent de soumettre leur contrat à une loi étrangère d'après laquelle les intérêts légaux sont de 8 %. Cette convention, au moment où elle est faite, n'a rien de contraire à l'ordre public du pays dans lequel elle intervient, mais plus tard avant la poursuite, intervient une loi nouvelle qui limite à 6 % les intérêts dus. Le créancier pourra-t-il prétendre, dans ces circontances, avoir un droit acquis à invoquer la loi sous l'empire de laquelle il a contracté. En d'autres termes et plus simplement les lois d'ordre public sont-elles rétroactives? C'est là une question commune au droit intérieur et au droit international, et nous sommes porté à la résoudre affirmativement. L'ordre public nous apparaît comme une nécessité inéluctable à laquelle il faut céder à peine de compromettre l'avenir de la société. Lorsque des intérêts d'une importance aussi grande sont en ieu, on est fondé à dire que les droits privés les plus respectables ne sont d'aucun poids auprès d'eux, et qu'entre deux maux on doit choisir le moindre, qui est certainement le sacrifice des intérêts privés. Le législateur pourra toujours accorder une indemnité aux particuliers lésés, mais s'il ne le fait pas, les juges ne sont pas autorisés à considérer des droits particuliers comme acquis, lorsque leur exercice est contraire aux exigences de l'ordre public. Nous ne trouvons pas dans notre Code civil de solution bien nette de cette question ; cependant on peut affirmer que cette idée n'est pas restée étrangère aux rédacteurs de notre loi. Nous en avons la preuve dans la disposition

de l'article 2281. La prescription extinctive de trente ans est la seule qui, par son caractère absolu, mérite d'être classée parmi les lois d'ordre public : aussi voyons-nous les rédacteurs du Code décider que tous les droits déjà existants au moment de la promulgation de leur œuvre tomberont sous le coup de la prescription trentenaire, même ceux que la législation antérieure considère comme imprescriptibles. Nous avons peu de documents internationaux sur cette question de l'effet rétroactif des lois d'ordre public. Cependant les idées que nous avons émises serviront peut-être à justifier un jugement assez embarrassant rendu récemment par le tribunal de la Seine [1]. Au nombre des questions soumises au tribunal se trouvait le point de savoir si le changement de nationalité du défendeur postérieurement à l'assignation pouvait avoir pour conséquence de faire disparaître la compétence du tribunal français saisi. Il y a bien là, comme nous l'avons supposé, succession de deux lois concernant l'organisation judiciaire, matière d'ordre public, avec cette circonstance particulière que cette succession de deux lois provient non pas d'un changement de législation, mais du passage de l'une des parties en cause sous l'empire d'une nationalité nouvelle. Le tribunal de la Seine a déclaré que la juridiction française devait se dessaisir sans avoir égard à la légitime espérance que pouvait faire concevoir au demandeur l'assignation régulièrement donnée. Nous ne trouvons à sa décision qu'un seul motif sérieux, c'est qu'il s'agissait d'une matière d'ordre public dans laquelle on est fondé à ne pas avoir égard aux droits acquis des particuliers. Ce motif n'est pas relevé dans le texte du jugement, lequel est critiquable à d'autre points de vue encore.

Nous expliquerons par la même raison un jugement du Tribunal fédéral suisse du 22 mars 1879, décidant qu'un nouveau traité d'extradition peut être appliqué à un malfaiteur qui a commis le délit pour lequel il est poursuivi, sous l'empire du traité précédent, sans que celui-ci puisse objecter que ce délit n'était pas de ceux que visait le traité premier en date. C'est là un bon jugement, mais dont malheureusement l'effet est diminué par la réserve qui s'y trouve faite au

[1] 3 mai 1888, *J. d. i. p.*, 1888, p. 780 (affaire de Bari).
[2] *J. d. i. p.*, 1880, p. 406.

sujet des délits pour lesquels le premier traité écartait formellement la possibilité de l'extradition. Si, comme nous le pensons, un traité d'extradition, doit à cause de son caractère d'ordre public, être appliqué même aux malfaiteurs dont le délit est antérieur à sa conclusion, la circonstance d'un premier traité excluant l'extradition n'est pas de nature à priver le dernier d'une part quelconque de son effet.

Le document le plus remarquable que nous connaissions touchant cette question de la rétroactivité des lois d'ordre public est un arrêt de la Cour de Chambéry, du 7 février 1885. Dans l'affaire soumise à la Cour, cette question se posait deux fois, et, chose assez étrange, a été résolue par elle différemment dans les deux cas. Il s'agissait d'un mariage contracté sous l'empire de la loi sarde qui reconnaissait l'empêchement et la nullité canoniques dérivant de l'affinité illicite au premier degré. Les époux avaient, par suite de l'annexion de la Savoie à la France, passé sous l'empire de la loi française, qui ne reconnaît pas cette cause de nullité, et l'on se demandait si nonobstant ce changement de législation (dans une matière qui est évidemment d'ordre public), ils avaient encore un droit à demander de ce chef la nullité de leur union. Accessoirement on se demandait si le ministère public avait, conformément à la loi française, le droit d'agir comme partie principale à l'instance, étant donné qu'il s'agissait d'un mariage célébré sous l'empire de la loi sarde laquelle ne reconnaissait pas à la partie publique de droit semblable. Sur ce dernier point, la Cour a admis le droit du ministère public, reconnaissant par là même qu'il ne saurait y avoir pour un particulier de droit acquis contre l'application de la loi française sur ce point, et quoique le nom même de l'ordre public n'ait pas été à ce propos prononcé, il ressort évidemment des considérants de l'arrêt sur ce point que la Cour a admis l'application de la loi française, en considération de son caractère de loi d'ordre public. Au contraire, sur la question principale de la nullité, la Cour a décidé que les parties avaient un droit acquis à se prévaloir de tous les moyens de nullité admis par la législation sous l'empire de laquelle le mariage avait été célébré, et les a renvoyées à faire la preuve des faits par elles alléguées. Le ministère public objectait avec raison, suivant nous, que si la loi française n'admettait pas ce moyen de nullité, c'était pour des motifs de décence et d'honnêteté publiques, raisons assez importantes pour que personne ne pût prétendre avoir un droit acquis à les méconnaître. La Cour n'a pas accueilli

cette argumentation et a appliqué à ce changement de législation le principe de la non rétroactivité des lois. Nous croyons que sa décision a méconnu les justes exigences de l'ordre public, et son système est d'autant plus propre à nous étonner qu'à l'occasion des droits du ministère public, elle n'avait pas hésité à faire céder devant des considérations de cet ordre ce même principe de la non rétroactivité des lois[1].

Nous touchons ainsi à la fin de cette analyse des caractères de l'ordre public et des conséquences qu'ils engendrent relativement à la mission du juge. On peut voir par ce qui précède que s'il n'est pas possible *a priori* de délimiter les lois d'ordre public, s'il faut laisser au juge une certaine latitude d'appréciation, il est possible cependant de dégager certaines propositions incontestables de nature à guider l'interprète et à l'empêcher de tomber dans cet arbitraire dont on se plaint à si juste titre dans notre matière.

## V

### INFLUENCE DE L'ORDRE PUBLIC SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Ayant ainsi déterminé, dans la mesure du possible, ce qu'est l'ordre public, passons à l'étude de ses effets. C'est par là que nous terminerons cette étude. On connait déjà la formule générale de l'effet de l'ordre public en matière de droit international privé : les lois d'ordre public sont territoriales et excluent l'application de la loi généralement compétente. Il s'agit d'examiner de plus près cette proposition. Remarquons d'abord qu'elle est simplement l'expression de la souveraineté de chaque État en cette matière. Les questions de cet ordre seront donc en tout pays résolues par l'application de la loi territoriale. De là résultent deux effets distincts. L'un

Double effet de l'ordre public.

[1] Nous ne saurions approuver la décision contenue dans un arrêt de la Cour de Milan du 15 février 1876, *J. d. i. p.*, 1876, p. 220, aux termes de laquelle un tribunal italien ne peut prononcer au profit d'une femme étrangère la séparation de corps, lorsque cette séparation peut être le préliminaire d'un divorce, institution prohibée en Italie, au nom de l'ordre public. Les juges se sont préoccupés, à tort, d'une atteinte future à l'ordre public, alors que l'action portée devant eux ne contenait par elle-même aucune infraction aux institutions de cet ordre.

est direct, c'est celui que nous avons déjà mentionné et sur lequel s'arrête tout d'abord l'attention : le juge a le droit et le devoir d'arrêter l'application de la loi étrangère compétente et de lui substituer les dispositions correspondantes de sa loi nationale lorsque l'ordre public est en jeu. L'autre effet est non moins important et mérite d'autant mieux notre attention que généralement il paraît avoir échappé à l'attention des jurisconsultes. En même temps que le juge d'un État a le droit d'appliquer chez lui le principe de la territorialité des lois d'ordre public, il a le devoir de respecter, de la part des autres États, l'exercice d'un droit analogue. Ce devoir est contenu dans l'idée même de la reconnaissance mutuelle des États, chacun devant reconnaître aux autres, dans les limites de leur juridiction, les droits qu'il s'arroge dans les limites de la sienne. Notre second principe sera donc celui-ci : chaque État doit considérer comme régulières et fondées les décisions rendues à l'étranger par application du principe de la territorialité des lois d'ordre public. C'est ce qu'on peut appeler l'effet indirect, l'effet réflexe de la territorialité de l'ordre public.

Effet direct de l'ordre public.

Nous allons examiner successivement ces deux effets.

Une loi d'ordre public peut être ou positive ou négative. Le plus souvent elle est négative et se borne à défendre; on se l'explique si l'on songe à ce qu'est, dans notre société actuelle, la mission de l'État. D'après nos idées modernes il n'entre pas dans le rôle de l'État de diriger l'activité individuelle, d'assigner à chacun son devoir et de le contraindre à le remplir. L'État doit surtout poser des limites à l'action individuelle lorsque cette action dégénère en excès menaçant pour l'ordre social. Cela étant, on comprend que les lois d'ordre public soient généralement prohibitives. Elles défendent, et si l'on essaie d'enfreindre leurs prescriptions en invoquant une loi étrangère, l'État refuse de la laisser appliquer, et les parties se trouvent donc, dans la mesure où leurs rapports de droit touchent à l'ordre public, soumises à la « *lex fori* ». Leurs droits et obligations respectifs se trouveront ainsi dépourvus de sanction dans un pays tandis que dans un autre ils seront tenus pour réguliers et valables. Cette situation est sans doute de nature à jeter quelque perturbation dans les relations internationales, mais ce sont des perturbations nécessaires et que l'on peut seulement souhaiter de voir diminuer au moyen de l'unification progressive de divers ordres publics. Du reste,

Lois d'ordre public négatives.

il convient d'ajouter que souvent la loi d'ordre public, qui refusera de laisser un droit s'exercer, fournira elle-même le remède au dommage qu'elle aura causé en conférant à la personne privée de son droit antérieur, un droit nouveau qui, s'il ne présente pas les mêmes avantages, servira tout au moins de palliatif au tort éprouvé. Ceci est vrai surtout dans les matières personnelles (par opposition aux matières pécuniaires). Ainsi le Français ne pourra exercer en Italie son droit au divorce, mais il aura au moins la ressource de la séparation. L'étranger en France ne pourra pas indistinctement proposer toutes les causes de désaveu que reconnaît sa législation personnelle, mais il pourra au moins user des moyens de désaveu qui sont autorisés par la loi française.

Ce serait ici le lieu de se demander si lorsqu'une loi est dans un pays réputée contraire à l'ordre public, toutes les conséquences de cette loi doivent partager ce même caractère. Les explications que nous avons précédemment données en traitant des conséquences pratiques du caractère exceptionnel des lois d'ordre public nous dispenseraient de faire retour à cette question, si nous ne devions dire quelques mots d'une division fort ingénieuse proposée par M. Despagnet [1], division qui a précisément l'avantage de trancher cette importante question. M. Despagnet distingue les lois d'ordre public en lois absolues et relatives, suivant qu'elles reposent sur des idées générales et nécessaires ou sur des idées d'une valeur variable suivant les circonstances. De plus dans les lois absolues, il sépare celles qui sont absolues objectivement et subjectivement, c'est-à-dire celles qui constituent des vérités absolues et partout observées, de celles qui ne sont absolues que subjectivement, c'est-à-dire qui, bien que reposant sur des idées générales et absolues là où elles sont admises, ne sont pas admises partout. L'interdiction de la polygamie est une loi d'ordre public absolue objectivement et subjectivement, la prohibition du divorce est absolue mais subjectivement et non objectivement, la limitation du taux de l'intérêt est une mesure d'ordre public essentiellement relative. Cette division aurait en notre matière une importance décisive en ce que seules les conséquences des lois d'ordre public absolu objectivement et subjectivement devraient être écartées comme contraires elles-mêmes à

[1] *J. d. i. p.*, 1889, pp. 216 et suiv.

l'ordre public, tandis que les conséquences d'une loi d'ordre public relatif ou même subjectivement absolu devraient être admises. Si cette distinction pouvait être reçue, elle faciliterait singulièrement dans une foule d'hypothèses la mission du juge. Mais quoiqu'elle soit ingénieuse et fondée, il nous parait difficile de lui accorder cette portée. D'abord nous lui reprochons sa symétrie et même sa trop grande perfection. Dans une matière comme la nôtre où l'importance du fait est extrême, où tout est variable et subjectif, il paraît *a priori* impossible de poser des formules générales et suffisamment précises pour permettre de reconnaître directement ce qui est de ce qui n'est pas d'ordre public. Cela jure avec cette indétermination qui, quoi qu'on fasse pour la diminuer, sera toujours un trait essentiel à cette partie du droit. Ensuite, si l'on descend aux applications, il semble que sur bien des points cette doctrine contrarierait les solutions les plus certaines. L'interdiction de la polygamie est d'ordre public absolu objectivement et subjectivement. Est-ce à dire que les conséquences d'un mariage polygame soient aussi contraires à l'ordre public, et si l'on suppose qu'un enfant issu d'un pareil mariage contracté dans un État musulman réclame les droits d'un enfant légitime, les juges devront-ils les lui refuser sous ce prétexte que sa filiation comme l'union dont elle est la conséquence est contraire à leur ordre public? Et plus encore, un État qui réprouve l'usure devra-t-il admettre et sanctionner une action fondée sur un prêt notoirement usuraire par cette raison qu'il s'agit d'ordre public relatif, et que les conséquences d'un contrat opposé à cet ordre public relatif n'ont rien que de licite et d'admissible? Bref, bien qu'il y ait beaucoup de vrai dans les formules de M. Despagnet, il nous semble qu'elles ne sont pas assez sûres pour servir de principe de solution, et nous ne pouvons que répéter à ce sujet ce que nous disions plus haut: on ne peut pas dire *a priori* que les conséquences d'un acte juridique contraire à notre acte public ont ou n'ont pas ce même caractère. Il faut examiner chaque cas particulier qui se présente dans les rapports qu'il peut avoir avec notre ordre public. Cette méthode en quelque sorte expérimentale est la seule qui conduise à des résultats certains. Quant aux principes généraux, ils peuvent être très utilement employés à aider et jusqu'à un certain point à guider l'appréciation du juge, mais il ne semble pas qu'ils puissent jamais conduire à donner une réponse directe à la question d'existence

ou d'inexistence d'une loi d'ordre public dans un cas déterminé.

Lorsqu'une disposition d'ordre public est conçue en la forme prohibitive, elle se borne à défendre, à empêcher l'étranger d'user de certaines facultés que lui accorde sa loi personnelle ; au contraire, si elle est impérative ou affirmative, elle confère pour des motifs d'ordre public, à ce même étranger, le droit d'invoquer en sa faveur la législation faite pour les citoyens. Il y a donc une différence considérable entre ces deux sortes de dispositions, et par suite un intérêt majeur à savoir, en toute hypothèse, si l'on se trouve en face d'une disposition d'ordre public positive ou négative. C'est une raison de plus d'appliquer avec la dernière rigueur les lois d'interprétation que nous avons déterminées plus haut, et en particulier de rechercher dans chaque matière intéressant l'ordre public, quelle est la forme exacte du principe édicté par la loi. Le langage courant vise avant tout à la commodité et à la rapidité : aussi est-il souvent dangereux et ne doit-il jamais être accepté que sous bénéfice d'inventaire. Ainsi, on a coutume de dire que dans les pays où le divorce est admis, en France par exemple, les causes du divorce sont d'ordre public. Si l'on devait prendre au pied de la lettre cette expression, on serait fondé à en conclure que les étrangers auxquels le divorce est permis par leur loi personnelle, peuvent les invoquer toutes, et cela alors même que leur statut personnel ne leur en donnerait pas le droit. Il ne faut pas aller jusque-là, on le reconnaît généralement [1], et la plupart de ceux qui emploient cette formule enseignent cependant que des époux étrangers ne peuvent se prévaloir d'une cause de divorce qu'autant qu'elle est admise à la fois et par leur statut personnel et par la loi française. C'est que la formule même n'est pas exacte, ce qui est d'ordre public, ce n'est pas que toute personne puisse invoquer toutes les causes de divorce admises par la loi française, c'est que personne ne puisse baser une demande en divorce portée devant les tribunaux français sur une cause que la *lex fori* ne reconnaît pas [2]. C'est une règle d'ordre public simplement prohibitive en réalité, ou si l'on veut lui conserver sa forme positive, il faut alors dire que ce

---

[1] Ce point est controversé, mais les auteurs qui font du divorce une institution d'ordre public positif sont en minorité, en France du moins.

[2] V. note de M. Chavegrin dans *J. d. i. p.*, 1885, p. 154.

qui est d'ordre public, c'est l'indissolubilité relative qui résulte pour le mariage de la limitation des causes de divorce.

De même, on trouve dans nombre de documents pratiques [1] cette formule qu'en cas de faillite ou de déconfiture les causes légitimes de préférence doivent être appréciées d'après la *lex fori*. Doit-on entendre par là qu'un créancier étranger puisse en vertu de cette *lex fori* se faire attribuer une collocation par préférence alors même que la loi qui régit sa créance ne lui en accorderait aucune? En général, on ne l'entend pas ainsi et notre jurisprudence française en particulier n'admettrait pas une prétention semblable. Ici encore la règle d'ordre public est purement prohibitive et signifie simplement qu'on ne peut pas se fonder sur la loi compétente pour réclamer une cause de préférence que la *lex fori* ne reconnaîtrait pas. L'expression seule est vicieuse et on éviterait toute difficulté en lui substituant une formule négative [2].

Tout autre est l'effet des lois d'ordre public conçues réellement dans un sens positif. Sans s'inquiéter des dispositions contraires que peuvent contenir les lois personnelles des intéressés, elles leur garantissent l'exercice d'un droit, qui leur sera reconnu par toutes les juridictions de l'État, qui produira, quoi qu'il arrive, ses effets sur le territoire, mais aussi qui cessera de produire ses effets dès que les limites du territoire seront franchies et l'ordre public désintéressé [3]. C'est là une mesure d'une portée considérable et qui ne peut être prise que pour des motifs d'une gravité exceptionnelle; elle sort du rôle habituel de l'État vis-à-vis des étrangers. Généralement l'État, même le plus ouvert et le plus libéral, se borne à garantir aux étrangers le libre exercice des droits que leur donne leur loi particulière : aller plus loin c'est prendre le fait et cause de ces étrangers contre leur propre patrie, et, on le devine, il faut des

---

[1] Oberlandsgericht, de Darmstadt, 3 novembre 1885, *J. d. i. p.*, 1888, p. 109. Tr. de la Seine, 19 février 1889, *J. d. i. p.*, 1889, p. 621.

[2] Tr. de Tunis, 18 novembre 1886. Cl. 89, 295.

[3] L'intérêt pratique de la distinction que nous faisons peut s'analyser ainsi : en matière d'ordre public négatif, il ne suffit pas pour que le droit invoqué par un étranger lui soit reconnu, que ce droit soit conforme à la *lex fori*, il faut encore qu'il résulte pour lui de l'application de la loi compétente. En matière d'ordre public positif, au contraire, toute prétention basée sur la *lex fori* doit être allouée, sans qu'il soit besoin de justifier qu'elle est conforme à la loi compétente.

raisons exceptionnellement sérieuses pour pousser le législateur à cette extrémité. Aussi les lois d'ordre public positives n'interviennent-elles jamais que pour garantir à l'étranger des facultés essentielles à la dignité humaine. L'ordre public donne ainsi aux étrangers la jouissance des droits publics, inviolabilité de la personne et du domicile, liberté religieuse, liberté industrielle, etc. Ce sont là des idées élémentaires et qui prêtent peu à la controverse fort heureusement. Nous trouvons cependant dans cet ordre d'idées quelques décisions de jurisprudence qui méritent d'être rapportées.

Il est de principe dans notre droit (décret du 27 avril 1848, art. 7) que le sol de la France et des colonies affranchit l'esclave qui le touche. La Cour de cassation a appliqué ce principe à un indigène du Sénégal, coupable d'avoir enlevé une négresse sur le territoire français[1]. On rapporte aussi qu'une esclave qui s'était enfuie du harem du khédive, a été admise en vertu des mêmes principes à contracter mariage devant l'officier de l'état civil italien[2].

La France ne saurait non plus reconnaître la mort civile qui frappe encore dans certains pays l'individu entré dans les ordres religieux. On cite en ce sens un jugement du tribunal de Nice du 9 mars 1863[3]. De même encore, malgré la disposition contraire de la loi de la Louisiane, le tribunal de Pontoise[4] a maintenu le mariage qui y avait été contracté entre un blanc et une femme de couleur, refusant de sanctionner une incapacité qui ne saurait s'expliquer que par une prévention injuste et surannée. De même un arrêt déjà ancien a refusé de reconnaître l'interdiction du duc de Brunswick parce qu'elle avait été prononcée pour des motifs politiques.

Telles sont pour le droit des personnes les principales règles d'ordre public positif. Si maintenant nous considérons le droit des biens, nous n'y trouvons pas beaucoup de dispositions, qui tiennent de si près à l'ordre public, qu'elles aient pu déterminer le législateur à créer un droit commun aux étrangers et aux nationaux. En général,

---

[1] Cass., 1er déc. 1854, *J. d. i p.*, 1855, p. 147.
[2] Vincent et Pénaud, *Dictionnaire*, v° *État et capacité*, n° 58.
[3] Vincent et Pénaud, *id.*, n° 67.
[4] Tr. Pontoise, 6 août 1884, *J. d. i. p.*, 1884, *J. d. i.-p.*, 1885, p. 296.

en cette matière, les droits de chacun résultent soit d'actes juridiques, valablement faits, là où la volonté est souveraine, soit des dispositions de la loi compétente, mais ne résultent pas du texte de la « *lex fori* ». Il y a cependant une exception à cette règle et elle est considérable. Tous les droits fondés sur la considération exclusive de la possession sont d'ordre public et peuvent, le cas échéant, être invoqués par les étrangers comme par les nationaux. La possession, comme on l'a remarqué, se présente tantôt jointe au droit de propriété, tantôt isolée, et dans l'un comme dans l'autre cas, elle engendre certains droits au profit de celui qui peut l'invoquer [1]. Le caractère territorial des lois concernant la possession repose, indépendamment de toute question de réalité, sur des bases solides. On s'étonne quelquefois de voir le législateur attacher des conséquences juridiques au simple fait de la possession et couvrir ainsi de son autorité des situations dont l'origine est souvent dans un acte répréhensible. Pour se l'expliquer et pour laver le législateur du reproche que l'on serait tenté de lui faire, il faut de toute nécessité recourir à des considérations supérieures, à des raisons d'ordre général. Il faut faire remarquer que la possession est par elle-même respectable et digne d'une certaine protection, que, outre qu'elle emporte avec elle une certaine présomption de propriété, elle constitue un état de fait qu'il importe de douer de fixité, afin de permettre au possesseur de retirer de la chose les avantages qu'elle comporte, et de le déterminer par là à employer ses soins à la production de ces avantages. Une société dans laquelle la possession ne serait pas protégée pour elle-même se trouverait infailliblement livrée aux troubles et à la violence, et, par là, à la misère et à la ruine. Il y a donc au fond de chacune de ces lois, qui paraissent d'une importance bien modeste, une véritable question de conservation sociale et d'ordre public ; aussi, sans avoir besoin d'avoir recours aux doctrines douteuses des statutaires, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, nous déciderons que tous les droits fondés sur la seule possession seront accessibles aux étrangers [2].

Ces idées générales sont reconnues et nous rencontrons donc ici toute une série considérable de dispositions qui font partie des lois

---

[1] Fiore, *Dr. intern. privé*, p. 339, trad. Pradier-Fodéré.

[2] Despagnet, *Dr. intern.*, p. 535.

d'ordre public positif. Nous nous bornerons à mentionner les principales.

Le droit du possesseur à jouer le rôle de défendeur à l'action pétitoire et les actions particulières qui lui sont données, soit pour faire respecter sa possession, soit même pour la recouvrer, pourront donc toujours être invoquées devant les tribunaux français, quelle que soit la nationalité des parties engagées au procès[1]. Il en sera de même du droit qui appartient (549, 550 Cod. civ.) au possesseur de bonne foi sur les fruits de la chose possédée, ainsi que de la réglementation établie par la loi pour fixer les rapports existant entre le propriétaire d'un terrain et celui qui a fait sur ce terrain des constructions ou des plantations. Nous déciderons encore, et pour les mêmes motifs, que l'étranger qui recueille en France une succession aura la saisine des biens héréditaires, encore que sa loi personnelle exigerait en pareil cas la formalité d'un envoi en possession.

Il suffit de mentionner ces diverses solutions. Elles ne sont contestées ni en doctrine, ni en pratique. Ce n'est pas qu'on range généralement les lois de cette espèce dans la catégorie des lois d'ordre public, mais c'est parce que les jurisconsultes statutaires, dont les doctrines ont conservé jusqu'à nos jours une influence considérable, tenaient ces lois pour réelles et par suite pour territoriales.

Des idées semblables nous conduisent à attribuer un effet territorial à ceux des modes d'acquisition de la propriété qui sont basés sur la possession. L'occupation, la tradition, la prescription acquisitive méritent donc une place parmi les lois d'ordre public positif. La prescription mérite dans cette énumération un examen particulier. En matière immobilière, la prescription s'accomplit suivant le cas, soit par trente ans, soit par un délai qui varie de dix à vingt ans. Personne ne peut douter que la prescription trentenaire ne soit d'ordre public ; quant à la prescription de dix à vingt ans, son caractère est peut-être moins apparent, toutefois il est tout aussi réel. N'est-ce

---

[1] Un arrêt de la Cour suprême d'Autriche, du 3 janvier 1878 (*J. d. i. p.*, 1883, p. 67), a déclaré une action possessoire non recevable parce qu'elle avait pour base le trouble causé à un propriétaire viennois par la construction du palais de l'ambassade d'Allemagne. Cette décision a été critiquée à juste titre. Il est admis en effet que le privilège d'exterritorialité ne s'étend pas jusqu'aux obligations qui naissent du fait du voisinage.

pas en effet pour rassurer le crédit public qu'elle a été instituée, et l'effet particulier qu'elle donne au juste titre et à la bonne foi, n'a-t-il pas pour unique base l'intérêt du commerce[1] ?

En matière mobilière la seule tradition suffit à transférer la propriété au possesseur de bonne foi (2279, 1141). Quel est le caractère de cette règle au point de vue des conflits qu'elle peut faire naître? Cette question est un peu plus délicate que celle que nous posions relative aux immeubles, soit parce que les immeubles ont une situation fixe, tandis que les meubles se déplacent, soit aussi par cette raison que le juge n'est généralement saisi que d'affaires concernant des immeubles situés dans son pays, tandis qu'il lui arrive fréquemment de décider sur la propriété d'un meuble qui se trouve en pays étranger. Dire que le juge appliquera dans tous les cas la « *lex fori* », ce serait supposer que le législateur a voulu réglementer les transmissions de possession mobilière qui se passent à l'étranger, ce qui est tout à fait invraisemblable. Il faut dire simplement que l'ordre public français exige que toutes les traditions mobilières qui ont lieu en France soient régies par l'art. 2279. Le jugement précité du tribunal de la Seine, du 17 avril 1885, a bien mis en lumière la nature de la règle de l'article 2279 : elle est d'ordre public[2]. Ajoutons que cette règle fera acquérir la propriété non seulement à celui qui a reçu tradition en France, mais aussi à celui qui après une tradition faite à l'étranger, introduit le meuble en France, étant encore de bonne foi. Si l'on suppose, au contraire, qu'un possesseur de bonne foi ayant reçu en France un meuble, le transporte dans un pays où la règle : en fait de meubles possession vaut titre, n'est pas admise, la propriété de ce possesseur n'en sera pas moins incontestable : son acquisition, ayant été régulière là où elle s'est produite, a engendré pour lui un droit acquis[3]. De même que le principe : en fait de meubles, pos-

---

[1] Lyon, 19 juillet 1877. *J. d. i. p.*, 1878, p. 44. Tr. Seine, 19 fév. 1889. *Gaz. pal.*, 27 mars.

[2] V. aussi *Reichsgericht d'Allemagne*, 15 fév. 1884. *J. d. i. p.*, 1886, p. 608. Bar, § 59, note 15) cite le Code prussien (Introd., § 28) et le Code autrichien (§ 300) comme ayant adopté la règle *mobilia personam sequuntur*, mais il pense qu'elle ne doit s'appliquer qu'aux meubles considérés comme universalité, et en donne comme raison les exigences de l'ordre public. Il cite Unger comme contraire à son opinion.

[3] Cette solution n'est pas opposée au principe par nous adopté, qu'il n'y a pas de

session vaut titre, les restrictions apportées à ce principe relativement aux meubles perdus ou volés appartiennent à l'ordre public.

Les dispositions des art. 2279, § 2, et 2280 ont été complétées par une loi du 15 juin 1872[1], sur les titres au porteur perdus ou volés. On sait que cette loi établit tout un système de règles tendant à entraver en France la négociation des titres perdus ou volés s'ils se retrouvent, et, s'ils ne se retrouvent pas, à permettre à leur véritable propriétaire de se faire payer les coupons échus en fournissant certaines garanties, et même de se faire délivrer un duplicata de son titre disparu. La loi de 1872, dont l'importance pratique est considérable, a fait surgir, au point de vue international, un certain nombre de difficultés dont le point de départ est unique et appartient à notre sujet. Cette loi est-elle d'ordre public? On l'a contesté d'abord en faisant remarquer que celles des dispositions de la loi qui concernent les rapports du propriétaire avec l'établissement qui a émis les valeurs, ne pouvaient s'appliquer qu'aux valeurs françaises. On a été jusqu'à dire en ce sens que les valeurs mobilières ont une sorte de statut personnel, la loi de leur origine, lequel doit les suivre en tout pays. Aujourd'hui il semble reconnu en doctrine comme en pratique que la loi de 1872 est au contraire d'ordre public et, en vérité, on ne peut en douter si l'on son songe de quel intérêt sont pour le crédit public les dispositions de cette loi. Nous ne ferons donc de différence ni entre valeurs françaises et étrangères, ni d'après la nationalité du propriétaire, ni suivant que la perte ou le vol ont eu lieu en France ou à l'étranger[2]. Dans toutes ces hypothèses, nous permettrons au propropriétaire dépossédé d'invoquer la loi de 1872, en tant que cela lui sera matériellement possible, c'est-à-dire qu'il s'agira de formalités

---

droits acquis contre l'ordre public. Il s'agit ici d'un acte juridique qui s'est parfait à l'étranger et les règles du droit français sur la possession ne touchent à notre ordre public qu'en ce qui concerne la possession exercée en France. Quant à celle qui a produit ses effets à l'étranger, elle échappe soit à la compétence soit aux prévisions du législateur français. Voir cependant Vincent, dans le *Journal de droit international privé*, p. 679, p. 1886.

[1] Sur la loi de 1872, voir l'étude de M. Vincent dans le *Journal de dr. int. privé*, 1886, p. 676, et 1887, p. 343.

[2] Aix, 15 mars 1887. *J. d. i. p.*, 1889, p. 688. V. Lyon, Caen et Renault, 1re édit., I, n° 374.

et d'actes susceptibles d'être accomplis en France sous l'empire et sous la protection de la loi française[1]. La France est un grand marché de valeurs étrangères, et le crédit français est aussi intéressé à ce que l'on puisse retrouver ou remplacer les titres étrangers que les titres français. Nous déciderons également que la loi de 1872 pourra être appliquée aux titres perdus ou volés en quelque lieu que se soit accomplie la négociation qui les a fait tomber dans les mains de leur possesseur actuel, et encore qu'elle ait eu lieu à l'étranger.

C'est sur ce dernier point que surgit la véritable difficulté de la matière. Une jurisprudence s'est formée qui efface toute différence entre les titres négociés en France et les titres négociés à l'étranger et notamment permet au propriétaire dépossédé de revendiquer pendant trente ans son titre contre le possesseur de bonne foi qui le détient, alors même que d'après la loi du lieu où il a été mis en possession, il est devenu le légitime propriétaire des titres objets de la négociation. Cette jurisprudence s'est d'abord affirmée au sujet des valeurs françaises. Un jugement du tribunal de la Seine, du 2 juillet 1879 (*J. d. i. p.*, 1880, p. 916) émet ce principe qu'une négociation d'un titre français faite à l'étranger n'est régulière qu'autant qu'elle est conforme aux exigences de la loi française. Même principe dans d'autres jugements du même tribunal du 2 février 1883 (*J. d. i. p.*, 1883, p. 633) et du 8 août 1886 (*J. d. i. p.*, 1885, p. 681). De là, ce même tribunal a étendu sa jurisprudence même aux titres étrangers et a déclaré (jug. 15 juillet 1885, *J. d. i. p.*, 1885, p. 450)[2] que l'opposition faite en France rendait nulle et de nul effet la négociation postérieurement opérée à l'étranger. C'est, dit l'arrêtiste, une théorie sans précédents dans l'histoire des conflits de lois. Et nous ajouterons que c'est une théorie contraire aux principes les plus évidents en matière d'ordre public. Que notre législateur régisse les négociations qui s'accomplissent en France, et qu'il les régisse toutes, rien n'est plus juste : c'est une question de possession, une question d'ordre public pour la-

---

[1] Il est entré dans les usages du Stock Échange de Londres, d'autoriser la revendication des titres français perdus ou volés, au sujet desquels une opposition a été faite conformément à la loi de 1872 (Lettre de Sr. Francis Levien, *J. d. i. p.*, 1886, p. 568).

[2] V. en outre les autorités citées dans les articles précités de M. Vincent.

quelle sa compétence est absolue, mais lui prêter la volonté de régir même les négociations qui ont lieu à l'étranger, c'est vouloir qu'il ne reconnaisse pas aux États étrangers sur leur territoiré un droit qu'il s'arroge et exerce lui-même sur le sien. Il y a dans cette présomption une contradiction. Aussi la jurisprudence a-t-elle été assez embarrassée pour justifier ses décisions. Tant qu'il s'est agi de titres français, elle a dit (jug. du 8 août 1885) que les titres au porteur ne sont pas des meubles ordinaires, que leur valeur continue à demeurer en France dans l'établissement débiteur, que dès lors leur transmission même à l'étranger est régie par la loi française, en ce sens au moins que la délivrance du capital n'aura lieu qu'à un ayant droit autorisé à le recevoir par nos lois françaises. Quant aux titres étrangers, faute d'une raison meilleure, elle a motivé sa décision en disant que les négociations passées hors de France ne peuvent faire obstacle à l'application des lois françaises en France. De ces deux raisons, la seconde est une pure affirmation sans portée : quant à la première, elle n'a qu'un tort, c'est de ne pas tenir compte de ce qui fait le propre d'un titre au porteur, à savoir de l'identification de la valeur avec le signe destiné à la représenter[1]. M. Vincent a présenté à l'appui de la jurisprudence du tribunal de la Seine une théorie plus sérieuse certainement et plus scientifique, quoique au fond aussi contestable. M. Vincent prétend que le seul fait pour un meuble quelconque et, par conséquent, pour un titre au porteur, d'être trouvé en France, le rend sujet aux règles établies par la loi française en matière de revendication d'objets mobiliers. Il suit de là que les titres au porteur perdus ou volés peuvent, s'ils se trouvent en France, y être revendiqués pendant trente ans, en quelque lieu qu'ils aient été acquis. Cette règle serait la déduction logique de cette idée qu'en matière de possession et à cause du caractère d'ordre public que présentent les lois de cet ordre, seule la « *lex rei sitæ* » est à considérer. Le principe en lui-même est à l'abri du reproche, mais il nous semble qu'il conduit ici à une conséquence diamétralement opposée à celle que M. Vincent lui fait produire. Il s'agit en définitive de savoir quels sont les droits du porteur du titre et d'apprécier

---

[1] V. Vincent, *J. d. i. p.*, 1887, p. 345.

pour cela quelles ont été pour lui les conséquences de la tradition qu'il a reçue à l'étranger. Comme il s'agit de possession, nous appliquerons la « *lex rei sitæ* » et nous dirons que ses droits sont ceux que lui accorde la loi du lieu où la tradition a été faite[1]. Quelle influence maintenant peut avoir sur les droits en question ce fait que le titre a été transporté en France ? A cet égard une distinction est nécessaire. Si, au moment du transport, le possesseur n'a pas encore prescrit, il devient sujet à l'application de la loi française toujours en vertu du même principe. Mais si, à ce moment, il a déjà prescrit, s'il est d'après la loi étrangère du lieu de négociation devenu légitime propriétaire, il nous est impossible d'admettre avec M. Vincent que cette circonstance soit de nature à résoudre le droit de propriété du porteur et à autoriser contre lui la revendication. Précisément parce que la « *lex rei sitæ* » est compétente, il faut reconnaître et maintenir le résultat donné par l'application de cette « *lex rei sitæ* ». Décider autrement et rescinder sous prétexte d'ordre public la prescription régulièrement accomplie à l'étranger, c'est refuser d'appliquer au delà de nos frontières un principe de droit international réputé juste et nécessaire en deçà.

Nous croyons donc pouvoir poser les conclusions suivantes : la loi française de 1872 s'appliquera même aux titres (français ou étrangers) dont la négociation a eu lieu à l'étranger. L'opposition dont ils seront l'objet sera donc valable, et cette opposition aura pour effet d'obliger le possesseur à faire la preuve de son droit. Mais elle ne saurait l'obliger à démontrer dans tous les cas qu'il a satisfait aux exigences de la loi française quant à l'acquisition de sa propriété ; il suffira qu'il prouve que la tradition lui a transmis la propriété, d'après la loi du lieu où le titre lui a été livré, ou que la prescription la lui a fait acquérir alors qu'il possédait dans ce même lieu[1].

---

[1] En d'autres termes, lorsque la négociation a eu lieu à l'étranger, ce n'est pas l'ordre public *français* qui est en jeu, mais l'ordre public du pays où la transmission a eu lieu, c'est donc la *lex fori* de ce pays là, c'est-à-dire la loi du lieu où se trouvait la chose à cette époque qui doit être appliquée.

[2] M. le conseiller Buchère, qui a traité cette question dans une étude remarquable, (*J. d. i. p.*, 1880, p. 260), arrive à des conclusions assez voisines des nôtres. Il pense que la loi de 1872 ne permet pas de soumettre à la loi française la revendication des titres perdus ou volés négociés à l'étranger. Le fondement de sa démons-

L'application de la loi française et de la prescription trentenaire, que consacre implicitement l'article 12 de notre loi, n'est légitime qu'au seul cas où le titre a été transporté en France avant l'accomplissement de la prescription dans le pays où il avait été livré [1].

On pourrait trouver encore plusieurs autres lois d'ordre public qui ont, avec celles que nous venons d'énumérer, ce trait commun de conférer de véritables droits aux étrangers que leurs intérêts amènent devant les juridictions françaises, mais il nous suffit d'avoir cité les principales d'entre elles. Il est cependant une matière très vaste et que nous ne pouvons passer ici sous silence, tant sont étroits les rapports qui l'unissent à l'ordre public, nous voulons parler de la condition des personnes morales étrangères en France. Toutes les personnes morales étrangères — associations politiques, religieuses, scientifiques, charitables, ou sociétés commerciales, — sont des créations artificielles de la loi, en ce sens que le législateur ne se borne pas, en ce qui les concerne, à reconnaître et à sanctionner l'existence juridique d'un être dont les facultés attestent la nécessité de cette reconnaissance, mais qu'il doue de la personnalité une entité purement idéale, ou si l'on veut, un être qu'il crée à l'effet de servir de support à cette personnalité. Il tombe sous le sens que l'ordre public est intéressé à de pareilles créations, mais dans quelle mesure? La condition des personnes morales étrangères en France dépend de la réponse que l'on donne à cette question. Si l'on pense que la création d'une personne civile est simplement la manifestation extérieure de l'intérêt qui s'attache à l'association, et une suite du droit d'association,

---

tration est dans la règle *locus regit actum*. Comme il ne s'agit ici ni de la forme des actes, ni d'une de ces matières qui sont abandonnées à la libre volonté des particuliers qu'elles concernent, nous ne pensons pas que la règle *locus regit actum* puisse être invoquée dans notre hypothèse. M. Buchère avance aussi qu'à défaut de la loi de 1872 les dispositions des art. 2279 et 2280 pourront recevoir leur application. Nous pensons au contraire que seule la loi étrangère du lieu de transmission doit régler les effets de la négociation et que, dès lors, les dispositions du Code civil sont inapplicables aussi bien que celles de la loi de 1872 et pour les mêmes raisons.

[1] Dans notre opinion, l'opposition aura encore dans l'hypothèse la grande utilité de permettre à l'ancien propriétaire de retrouver le possesseur et d'exiger de lui la justification de son droit. De plus, si aucune action en main-levée ne se produit, il pourra, dans les délais fixés par la loi, se faire payer les coupons et obtenir un duplicata.

on décidera que la personne morale valablement constituée à l'étranger devra être partout reconnue et possèdera le droit d'exercer en tout lieu les facultés qui lui ont été concédées. Si, au contraire, on juge que toute personne morale est une fiction de la loi, fiction que des considérations d'ordre public peuvent seules légitimer, on répondra qu'il est radicalement impossible qu'une personne civile existe en dehors du pays qui lui a donné naissance, qu'une seule voie est ouverte au développement de son activité, laquelle consiste à obtenir successivement sa reconnaissance dans plusieurs pays différents, ce qui aboutira à la constitution de plusieurs personnes d'une existence séparée, et dont chacune sera nationale par rapport au pays qui l'aura instituée. On peut enfin se rallier à une opinion mixte et, tout en partant de ce principe que l'existence d'une personne morale est purement relative et locale, admettre qu'un État peut reconnaître chez lui une personne existant ailleurs, mais au titre étranger et avec les droits qu'elle possède dans son pays d'origine.

On sait si cette question est grave et difficile. Nous ne pouvons entreprendre de la résoudre ici ; elle exigerait des développements par trop considérables. Remarquons seulement en passant que c'est au fond une pure question d'ordre public.

**Effet réflexe de l'ordre public.**

II. — Nous n'avons pu pousser jusqu'à ce point notre étude sans invoquer à plusieurs reprises, et au nom du simple bon sens, cette idée qu'en matière d'ordre public chaque État doit reconnaître aux autres sur leur territoire des droits égaux à ceux qu'il prétend exercer sur le sien. C'est ce que nous avons appelé plus haut l'effet indirect, l'effet réflexe de la territorialité des lois d'ordre public. Nous allons maintenant étudier cet effet, et pour cela d'abord le justifier.

Il dérive directement du principe premier du droit international public contemporain, du principe de la reconnaissance mutuelle des nations. Par ce fait seul qu'un État reconnait l'existence d'États autres que lui, il reconnaît que ceux-ci doivent jouir des mêmes droits essentiels dont il prétend jouir lui-même. Nous avons vu que le droit exclusif de juridiction sur son territoire dans les matières intéressant l'ordre public, est au nombre des attributs essentiels de l'État. De même donc que chaque État s'arroge le droit d'appliquer sa loi nationale à la solution des conflits de cet ordre, de même il doit trouver juste que les autres États usent du même droit sur leur territoire. Il

est bon d'observer ici que cette règle est en conformité parfaite avec l'idée d'égalité qui fait le fond de toute doctrine en droit international privé. Point n'est besoin pour cela d'entrer dans le dédale des opinions particulières. Tous ceux qui pensent qu'un droit international privé peut exister entre nations reconnaissent d'abord que ce droit ne peut être qu'uniforme, et appuyé partout sur des principes identiques. La conception d'un droit qui existerait au profit d'un État, sans exister en même temps pour l'autre, est contradictoire à l'existence même de notre science.

Ces idées sont certaines, elles sont incontestées. Mais ce qu'il importe de bien mettre en lumière, c'est qu'elles ne peuvent pas être reçues sans entraîner à la charge de chaque État le devoir de respecter ce que font les autres au nom de l'ordre public[1]. Dans cet ordre d'idées, nous l'avons reconnu, la seule loi compétente au point de vue international est la « *lex fori* ». Qu'est-ce à dire? Cela signifie-t-il simplement que les sentences des juges appliquant la *lex fori* devront dans leur patrie être considérées comme bien rendues? Donner un pareil sens à notre principe serait émettre une idée simplement naïve, et qui à coup sûr n'aurait rien d'international. Cela signifie, en outre, que les applications susdites de la « *lex fori* » doivent être considérées comme correctes partout, même dans les pays étrangers, parce qu'elles sont conformes à une règle du droit international partout avouée et dont on ne saurait, sans contradiction, méconnaître les effets. Il s'ensuit qu'un droit qui sera basé sur une application faite, en quelque lieu que ce soit, de notre principe devra être respecté en tout pays parce qu'en tout pays est reconnu le principe juridique duquel il émane. C'est une conséquence de la communauté de droit dont nous parlions au début de ce travail. La reconnaissance universelle d'un principe unique de solution d'un conflit entraîne logiquement le respect universel des droits acquis en vertu de ce principe, et ce qui se produit, ou du moins ce qui devrait se produire de nos jours déjà à l'occasion des matières d'ordre public, se produira plus tard pour toutes les matières du droit, si jamais (ce que nous espérons) il se

---

[1] Il est à peine besoin d'ajouter que cette obligation n'existe qu'autant que les droits invoqués ne sont pas eux-mêmes contraires à l'ordre public du pays dans lequel on les fait valoir. Cela va de soi.

forme une théorie des conflits de loi d'une puissance de perfection assez grande pour imposer son autorité en tout pays.

Ceci posé, passons aux conséquences de cet effet réflexe du principe de la territorialité des lois d'ordre public. Il est facile de remarquer que les documents de la pratique expriment très souvent cette idée que la « *lex fori* » est applicable aux matières d'ordre public, mais ne disent jamais rien du respect que méritent les applications du même principe faites à l'étranger. Cette inégalité, ce mutisme en face de cette prolixité seront choses aisément comprises de tous ceux qui s'occupent de droit international privé. Ils savent qu'en tout pays les juges ont un penchant marqué à l'application de leur loi nationale, et s'expliqueront que ce même penchant les ait portés à laisser dans l'ombre une règle qui tend à faire donner la préférence à l'application d'une loi étrangère. Cependant, ces deux effets de la territorialité des lois d'ordre public ne sont pas différents l'un de l'autre, ce sont les deux conséquences d'une même règle, les deux faces d'une même idée, c'est dire qu'ils ont droit au même respect. Nous avons vu précédemment que chaque État possède une compétence exclusive, pour la réglementation législative des matières intéressant l'ordre public sur son territoire. Nous allons maintenant compléter cette formule et la présenter sous sa forme internationale en disant : tout État est obligé de reconnaître et de respecter les décisions, soit légales, soit judiciaires, rendues dans un autre État au nom de l'ordre public. Si nous insistons sur ce principe, c'est que généralement on omet de le dégager et que par ce silence on s'expose soit à des erreurs, soit à des difficultés qui sans cela seraient faciles à éviter. Ce n'est pas que la pratique ne fasse des applications fort nombreuses des idées que nous venons d'établir, mais en négligeant de les formuler, elle laisse planer sur beaucoup de points appartenant à notre matière une incertitude qu'il importe de dissiper.

Laissons de côté les abstractions, et venons maintenant aux applications pratiques ; elles nous aideront à bien pénétrer la portée des principes que nous venons de poser, et par là à mieux faire apprécier leur importance. Pratiquement, voici la règle que l'on doit suivre. Un droit est régulier, valable, s'il est démontré qu'il a été acquis à l'étranger en conformité d'une loi d'ordre public, et, au contraire, il est nul, s'il a été acquis au mépris du principe de la territorialité des lois de cette sorte. C'est ainsi que nous déciderons qu'une propriété

n'aura été transférée à l'étranger qu'autant que les formalités prescrites par la « *lex fori* » en vue de la publicité de l'aliénation auront été remplies, que nous jugerons des effets civils de la possession, d'après la loi du lieu où elle s'est exercée, que nous réputerons un désaveu valable s'il était autorisé par les lois du tribunal saisi, etc., et cela, remarquons-le, quel que soit le statut personnel des individus intéressés. Il faut même aller plus loin. Nous savons déjà que l'ordre public répond à une idée purement relative, de sorte qu'une même institution, avec les lois qui s'y réfèrent, peut être considérée dans un pays, comme appartenant au droit privé et dans un autre comme comprise dans le droit public. Dans le cas où des juges ont à se prononcer sur un droit que les intéressés prétendent avoir été acquis à l'étranger en vertu du principe de la territorialité des lois d'ordre public, et que, ainsi, ils ont à se demander si la loi en question est vraiment d'ordre public, ce n'est point à leurs propres idées sur la matière mais à celles qui ont cours dans le pays étranger qu'ils doivent se référer pour trancher la question. C'est là une conséquence extrême sans doute, mais encore nécessaire, de ce principe que toute question concernant l'ordre public doit être décidée suivant la loi du lieu où elle se pose.

On peut trouver dans toutes les matières qui concernent l'ordre public des applications à faire de l'effet réflexe qu'il produit. Nous signalerons, à titre d'exemples, quelques-unes des plus intéressantes. M. Despagnet[1] pose la question suivante : Un prêt fait, en France, à un taux usuraire peut-il être considéré comme valable en Belgique, où le taux de l'intérêt est libre? Après avoir signalé l'opinion contraire de Savigny, M. Despagnet répond qu'il est plus juste de réputer nul, même en Belgique, un semblable prêt. Il explique que la liberté du taux de l'intérêt est une disposition permissive, tandis que sa limitation est impérative, que la première n'est donc pas d'ordre public, et il en conclut que le contrat, fait à un taux usuraire par des Français en France, nul à son origine, doit être partout considéré comme nul. La solution nous paraît juste, mais la raison donnée peu concluante. Il ne suffit pas de constater que l'ordre public belge ne s'oppose pas à l'annulation du contrat, il faudrait dire

---

[1] *Dr. intern.*, p. 416.

encore pourquoi on doit prononcer cette annulation. Et alléguer que ce contrat a été nul en France, à son origine, n'est pas concluant, car la question est précisément de savoir si la loi belge ou la loi française doit être appliquée. Nous croyons baser cette solution sur sa véritable raison en disant que la loi française prononce la nullité de ce contrat au nom de l'ordre public, qu'en cette matière elle décide dans la plénitude de ses pouvoirs, qu'elle est la seule loi compétente au point de vue international, que sa décision doit donc être respectée partout. Et nous donnerons cette solution non seulement pour les prêts faits par les Français en France, mais même par ceux qui y auraient été consentis et *réalisés* entre étrangers. En matière d'ordre public, la loi française est compétente en France vis-à-vis de tous, et ses prescriptions doivent dans tous les cas jouir d'une pleine autorité à l'étranger.

La matière du divorce va nous fournir une nouvelle application de nos idées. Nous avons touché à la question fameuse de savoir si un étranger, régulièrement divorcé dans son pays, peut contracter un mariage valable dans un pays où le divorce est inconnu. En admettant, suivant notre opinion, que cette faculté doive lui être accordée, demandons-nous ce que l'on doit entendre par personne régulièrement divorcée à l'étranger. Il existe, touchant le divorce, une première difficulté qu'il faut rappeler : la faculté de divorcer est-elle d'ordre public ? En France, en Italie, en Belgique, certainement non (nous avons expliqué plus haut ce qui dans la matière du divorce doit être considéré comme d'ordre public) ; en Angleterre, en Allemagne, en Amérique, en Suisse, on adopte l'opinion contraire et on juge que le tribunal doit, en cette matière, appliquer la « *lex fori* » sans s'inquiéter du statut personnel des parties en cause[1]. Il pourra arriver ainsi que des époux français soient divorcés en Allemagne pour une cause à laquelle nos lois n'attachent pas cet effet, ou que des Italiens y obtiennent le divorce en dépit de la prohibition portée par la loi de leur patrie. Ces Français, ces Italiens pourront-ils devant leurs tribunaux nationaux se prévaloir de leur qualité de divorcés ? Westlake[2] rap-

---

[1] Asser et Rivier, *Éléments*, pp. 116 et suiv. Trib. d'Empire Allemagne, 22 juin 1886. *J. d. i. p.*, 1888, p. 530. V. Barilliet, *J. d. i. p.*, 1880, pp. 351 et s.
[2] *R. D. J.* t. III. p. 440.

porte que la jurisprudence anglaise reconnaît la validité du divorce prononcé à l'étranger par application de la « *lex fori* », et ceci ne saurait nous étonner de sa part, c'est simplement l'application du principe par elle reconnu et suivant lequel la faculté de divorcer est d'ordre public. Mais il faut aller plus loin et décider que les pays mêmes qui, comme l'Italie ou la France, professent l'opinion contraire, ne doivent pas moins respecter les divorces prononcés à l'étranger au profit de leurs ressortissants conformément à la « *lex fori* »[1]. Notre jurisprudence française est absolument contraire à cette manière de voir. On lit dans un jugement de 1882[2] : « Attendu que le divorce n'est pas admis par la loi française, que tout jugement rendu en pays étranger et prononçant le divorce entre Français doit être considéré comme rendu en violation de la loi française et qu'il ne peut produire aucun effet. » Si équitable que paraisse cette décision, elle est mauvaise, car elle méconnait ce principe incontestable de droit international que chaque État est souverain sur ses domaines pour tout ce qui touche à l'ordre public[3]. Un législateur qui considère le divorce comme appartenant au statut personnel, doit cependant reconnaître aux autres le droit de le considérer comme une institution d'ordre public, et lorsqu'un jugement est rendu sur ce fondement, il est dans l'obligation de le réputer bien rendu et de prêter la main à son exécution toutes les fois où cette exécution ne menace pas l'ordre public du lieu où elle est demandée. On n'a pas, en effet, respecté les droits d'un État étranger, lorsqu'on s'est borné à constater d'une façon toute platonique qu'il peut faire chez lui ce qu'il veut, il faut encore, et c'est en cela que réside le lien juridique international, reconnaître comme réguliers et efficaces les actes qu'il a accomplis

---

[1] C'est une application de cette idée énoncée plus haut que lorsque l'on a à apprécier une question d'ordre public étranger, il faut le faire en se conformant aux idées admises dans le pays étranger dont il s'agit.

[2] Tr. Seine, 7 février 1882. *J. d. i. p.*, 1882, p. 88.

Il n'est pas douteux que le tribunal français ne se prononçât de même aujourd'hui à l'occasion d'un divorce qui aurait été prononcé entre Français à l'étranger pour motifs d'ordre public, si ces motifs n'étaient de ceux qui peuvent causer un divorce d'après la loi de 1884.

[3] M. Paul Pic (Thèse, Lyon, 1885, p. 230) se range à l'avis de la jurisprudence, mais sans observer que la nature attribuée au divorce dans le pays où il est prononcé peut exercer une influence sur la question.

dans les limites de ses pouvoirs et, le cas échéant, permettre leur exécution. Nous dirons donc que les jugements de divorce rendus entre étrangers, là où la « *lex fori* » est compétente, devront être reconnus comme valables partout, même dans la patrie de ces étrangers, et lorsque leur statut personnel n'autorisait pas ce divorce [1].

Naturellement, c'est dans les matières qui appartiennent tout entières à l'ordre public que se trouvent les conséquences pratiques les plus nombreuses et les plus intéressantes de l'effet réflexe des lois de cette espèce. La nationalité en est un exemple. On sait que les principes admis touchant la nationalité sont très divers suivant les pays, on sait également que les conflits en cette matière sont particulièrement graves, parce qu'il s'agit de lois d'ordre public par rapport auxquelles les principes généraux de notre science, ce que nous appelons les lois compétentes, sont frappés d'impuissance. Il est admis que chaque État a le droit certain d'appliquer sa propre loi à toutes les questions relatives soit à l'acquisition, soit à la conservation, soit à la perte de sa nationalité. Plaçons-nous au point de vue opposé et nous dirons que l'effet réflexe de ce principe consiste en ce que chaque État, est dans l'obligation de respecter les décisions émanées des souverainetés étrangères, touchant leur propre nationalité. Notre législateur a fait, instinctivement peut-être, plusieurs concessions à cette idée. Aussi les auteurs du Code civil ont décidé (ancien art. 17) que la naturalisation d'un Français à l'étranger lui fait perdre la qualité de Français, et les rédacteurs de la loi du 26 juin 1889 ont très heureusement ajouté qu'il en serait de même de celui qui aurait sur sa demande acquis une nationalité étrangère par l'effet de la loi. Il y a dans ces deux dispositions une trace certaine de la considération qui doit s'attacher aux actes d'un État étranger, dans une matière qui concerne son ordre public. Plus significative encore est à cet égard la loi fédérale suisse, du 3 juillet 1876, qui subordonne la naturalisation de l'étranger à cette condition qu'elle ne puisse faire naître aucun conflit entre la Suisse et la patrie d'origine de l'étranger.

Observons cependant que le respect dû aux lois ou aux jugements étrangers rendus en matière de nationalité ne saurait avoir l'effet de

---

[1] Nous n'entendons pas parler du cas où les époux se seraient rendus à l'étranger dans l'intention d'échapper par fraude à leur statut personnel.

permettre à une personne de revendiquer la qualité d'étranger dans un pays où elle est réputée sujette. Ainsi, on ne saurait opposer en France à un Alsacien-Lorrain qu'il est Allemand, d'après l'interprétation allemande du traité de Francfort, alors que d'après l'interprétation française il est Français. En matière de nationalité l'effet réflexe de l'ordre public ne se fera sentir qu'autant qu'il n'aura pas pour effet de contrarier l'application d'une loi française sur la matière [1]. Même dans cette mesure, nos principes ne sont pas toujours bien observés. A la vérité, la Cour de Paris [2] a très bien décidé que les tribunaux français, lorsqu'ils n'ont à apprécier une naturalisation qu'incidemment à la question dont ils sont saisis, n'ont pas à se préoccuper de la régularité de cet acte. En même temps, la jurisprudence a admis (notamment dans l'affaire de la princesse de Bauffremont) que, lorsque la naturalisation est invoquée comme preuve de la perte de la qualité de Français, les juges ont le devoir d'apprécier si cet acte réunit les conditions de capacité et de consentement essentielles à toute naturalisation. Cette solution encore est correcte, car la loi française, ayant attaché l'abdication de la qualité de Français à une naturalisation, a certainement entendu par là l'acquisition d'une nationalité étrangère réalisée volontairement et par une personne capable. Mais ce que nous ne saurions admettre, c'est qu'il soit au pouvoir des juges français de refuser à la naturalisation son effet dénationalisateur, en alléguant qu'il ne réunit pas les conditions auxquelles cet acte est généralement subordonné. Cette prétention est contraire au texte de notre loi qui exige une naturalisation à l'étranger, sans spécifier d'autres conditions ; elle n'est pas moins contraire aux principes qui veulent qu'un État soit maître chez lui en cette matière, et, qu'à l'étranger, on considère comme régulières les naturalisations qu'il a accordées en conformité de ses propres lois.

Si maintenant il y a lieu de déterminer la nationalité d'un étranger sur lequel la France n'élève aucune prétention (par exemple, pour savoir quel est son statut personnel), les tribunaux français devront appliquer uniquement les principes de la loi étrangère. Ainsi un

---

[1] D'une façon générale, l'effet réflexe des lois d'ordre public ne peut jamais être pris en considération que lorsqu'il ne contrarie pas leur effet direct.

[2] 26 juin 1884, *Gaz. des tr.*, 2 août.

étranger réclame chez nous une nationalité qu'il a acquise en vertu du « *jus soli* » que nous supposons en vigueur dans le pays où il est né. Le tribunal français devra accueillir sa prétention et ne serait pas en droit de lui attribuer sa nationalité d'origine, par ce motif qu'en France on donne la préférence au « *jus sanguinis* ». Le juge doit en effet respecter la loi du lieu de la naissance, qui est compétente, puisqu'il s'agit d'ordre public. Du reste, nous ne voyons pas qu'il y ait difficulté à ce que le tribunal français applique sur ce point la loi étrangère, et comprenons difficilement que l'on ait fait en pratique tant de difficultés pour admettre (partiellement) sur ce point la compétence du tribunal français[1]. Tous les jours il arrive que le juge français applique une loi étrangère, par suite d'un principe de droit international privé : par quelle raison deviendrait-il incompétent lorsque l'application de la loi étrangère est commandée par la règle internationale de la territorialité des lois d'ordre public? Nous irons même plus loin et nous dirons que si l'étranger dont il est question, au lieu de réclamer la nationalité de son lieu de naissance en vertu du « *jus soli* », réclame la nationalité de son lieu d'origine en vertu du « *jus sanguinis* » (que nous supposons en vigueur dans ce lieu), satisfaction devra également lui être donnée, toujours par cette même raison que les juges d'un pays sont obligés au respect des lois d'ordre public d'un autre pays. On arrive ainsi en fait à un résultat infiniment regrettable. Une personne pourra, à son gré, dépouiller ou revêtir l'une ou l'autre de deux nationalités. Il n'est pas moins vrai que ce résultat est la conséquence certaine de principes certains, et qu'il se produira tant qu'il n'y aura pas unité dans les règles reconnues en matière de nationalité.

Il y a pis encore. Il peut arriver qu'une personne originaire d'un pays soumis au « *jus soli* » s'attribue devant nos tribunaux la nationalité de son origine, tandis que son adversaire lui impute la nationalité de son lieu de naissance, ou inversement. Quel ne sera pas alors l'embarras de nos juges, et comment sortiront-ils de cet embarras? M. Weiss[2] autorise nos juges à leur faire application des principes de la loi française. Cette façon de résoudre la difficulté rappelle

---

[1] V. Vincent et Pénaud, *Diction.*, v° nationalité, n°s 407 et suiv., not. Trib. Seine, 14 fév. 1887. *J. d. i. p.*, 1887, p. 609, critiqué par l'arrêtiste.

[2] *Dr. intern.*, 2e édition, p. 331.

Alexandre devant le nœud gordien. Elle est complètement arbitraire et le juge n'a aucun titre à imposer sa loi nationale à une question tout entière comprise dans l'ordre public étranger. D'autre part, les deux prétentions contradictoires, qui lui sont soumises reposant sur le même principe et étant également fondées, il n'y a pas d'autre ressource pour le juge que de s'abstenir de juger, jusqu'à ce que les parties se soient mises d'accord sur la question. C'est un cas dans lequel il est amené forcément à proclamer son incompétence. Le juge doit se dessaisir comme il le ferait si on lui posait une question contradictoire. On voit à quelles difficultés peut conduire le fait de la diversité des lois touchant la nationalité. Que si ces difficultés devenaient par trop fréquentes et menaçaient l'avenir des relations internationales, l'établissement d'un régime conventionnel équitable serait le seul moyen propre à les faire cesser.

On s'effrayera peut-être de la conséquence dernière de ces principes, et on pourra nous objecter qu'en admettant, comme nous le faisons, l'existence internationale de l'obligation de respecter les droits fondés sur des lois étrangères d'ordre public, nous permettrons à un État quelconque d'imposer en quelque sorte sa volonté aux autres en grossissant outre mesure le domaine de son ordre public. Autant vaudrait alors revenir au système barbare de la territorialité absolue. Théoriquement ce danger existe, pratiquement il n'a rien d'inquiétant. Si jamais un État était assez mal avisé pour commettre un pareil abus, il ne tarderait pas à être, de la part de ses voisins, l'objet de mesures de rétorsion parfaitement légitimes, et comprendrait vite que son intérêt lui commande de maintenir chez lui aux lois d'ordre public leur caractère strictement exceptionnel.

Enfin, il convient de mentionner ici la question de l'exécution des jugements étrangers : il n'en est peut-être pas dans tout le domaine du droit international qui soit plus intéressante au point de vue que nous traitons. Quelque système que l'on adopte sur les pouvoirs du juge relativement aux jugements étrangers qui lui sont soumis à fin d'exécution, il est certain que cette exécution ne peut pas être accordée si elle blesse l'ordre public du pays dans lequel elle est demandée[1]. L'effet direct de la considération de l'ordre public doit tout

[1] V. Daguin, *Autorité des jugements étrangers* (Thèse, Paris, 1887), p. 111. M. Daguin avance qu'une sentence étrangère, contraire à l'ordre public français,

d'abord être respecté. Ainsi on ne concevrait pas un juge assez ignorant pour donner l'exequatur à un jugement qui comporterait quelque voie d'exécution non admise dans son pays, la contrainte par corps par exemple. Cela est de bon sens et la considération de l'ordre local ne produit ni plus ni moins d'effet en pareille matière qu'en toute autre. L'analyse de l'effet indirect de l'ordre public est au contraire ici plus délicate. Notons d'abord qu'il ne saurait y avoir de raison d'écarter notre principe. De même que le juge doit respecter le texte d'une loi étrangère d'ordre public dans son domaine d'application, de même il doit s'incliner devant la décision du juge étranger lorsqu'elle porte sur une question intéressant l'ordre public de son pays. Le magistrat, organe de la loi, a, en pareille matière, un droit aussi absolu que celui qui appartient au législateur lui-même. C'est un point sur lequel au moins le droit de révision ne saurait être reçu. Cette règle a son application principale dans les décisions relatives à la compétence et à la procédure, matières qui, comme on le sait, sont dans chaque pays d'ordre public. Nous n'exclurons de son empire que les seules hypothèses où la pratique étrangère serait si primitive et si évidemment grossière qu'il y aurait un véritable scandale, dans le fait d'un État étranger, d'accueillir et d'exécuter un pareil jugement. Ainsi nous n'hésitons pas à approuver cet arrêt de la Cour d'appel de New-York [1] qui a refusé de tenir pour valable un jugement obtenu dans l'Illinois, et qui avait prononcé un divorce à la requête de la femme sans que le mari eût été appelé à l'instance, et nous croyons, avec la Cour de cassation belge [2], que le juge saisi d'une demande d'exequatur a compétence pour trancher les questions d'ordre public que soulève cette demande, et notamment le point de savoir si les droits de la défense ont été respectés.

Mais, cette réserve faite, nos principes doivent recevoir une entière application et un jugement étranger devra être considéré comme régulier, soit au point de vue de la procédure, soit à celui de la compétence, lorsqu'il sera conforme sous ces deux rapports aux lois de l'État

---

ne devra pas toujours être repoussée. La proposition est faite pour étonner, mais par l'exemple donné on voit que M. Daguin n'a été amené à la formuler que par une analyse un peu superficielle du caractère d'ordre public de certaines lois.

[1] 17 janvier 1888, *J. d. i. p.*, 1888, p. 691.

[2] 26 février 1886, *J. d. i. p.*, 1887, p. 217.

dans lequel il aura été rendu. Pour la procédure, cette idée est reçue sans difficulté, pour la compétence, au contraire, elle est très contestée, et la tendance prédominante, soit en doctrine, soit en pratique, est plutôt de ne considérer un jugement étranger comme rendu par des juges compétents, que lorsque ceux-ci étaient compétents à un double point de vue, d'après les lois en vigueur dans le pays où l'exécution est demandée et d'après les lois du pays où il a été rendu [1]. On dit en ce sens que ce n'est pas par une abdication de sa souveraineté qu'un État consent à reconnaître à un jugement étranger la force qui s'attache aux décisions émanées des juridictions nationales, qu'il y a une fiction qui suppose l'application de règles uniformes quant à la compétence. Il y a à cela une réponse bien simple à faire. S'il est vrai qu'il y ait là une fiction, il faut dire que le droit international tout entier n'est qu'une fiction, car il a précisément pour objet de donner aux actes juridiques un effet indépendant du pays dans lequel ils ont été passés, et en poursuivant ce raisonnement on arrivera directement à la territorialité absolue des lois. N'est-il pas plus simple et plus juste de dire qu'en fixant la compétence de ses juges, le législateur a statué sur une matière d'ordre public [2]? Et cela étant, peut-on nier qu'il ait agi dans la plénitude de son droit, et que la sentence rendue mérite d'être réputée régulière? La plupart des lois contemporaines touchant l'exécution des jugements étrangers exigent que les juges aient été compétents d'après les lois mêmes de l'État auquel l'exécution est demandée. Il en est ainsi en Allemagne (art. 661 Code proc. civ.), en Autriche (décret du 18 janvier 1799), en Espagne, etc. Cependant, l'Italie, que l'on a coutume de voir la première dans la voie des réformes en matière internationale, se contente de la compétence appréciée d'après la loi du pays où la sentence a été rendue.

Citons à ce sujet un arrêt de la Cour de justice civile de Genève refusant l'exequatur à un jugement étranger dont la compétence se trouvait contraire aux dispositions [3] de la Constitution fédérale sur la matière. L'ordre public, d'après la Cour, s'oppose à ce que l'exe-

---

[1] Daguin, *loc. cit.* pp. 102 et s.

[2] Il parait incontestable en effet que les lois de compétence sont une des parties les plus importantes des mesures prises pour la bonne administration de la justice, et rentrent à ce titre dans l'ordre public.

[3] 30 août 1887, *J. d. i. p.*, 1889, p. 338.

quatur, soit donné. Nous croyons au contraire qu'il commandait l'exequatur. Citons aussi un arrêt de la Cour de cassation de Turin refusant de laisser exécuter un jugement français[1] rendu en vertu de l'art. 14 Code civ. Nous ne critiquerons pas ce dernier arrêt. La compétence exceptionnelle par l'art. 14 du Cod. civ. fr. est si arbitraire, si empreinte de partialité, que l'on comprend bien qu'à l'étranger on considère comme contraire à l'ordre public l'exécution d'un pareil jugement.

Nous avons ainsi terminé cette étude sur l'ordre public en droit international privé. Que le lecteur nous permette une dernière remarque qui n'a rien de juridique. L'étude des problèmes que comprend notre science n'est pas sans quelque rapport avec l'ascension d'une montagne. On subit dans les deux cas la même illusion. Il semble à chaque instant que l'on va toucher au but et toujours le chemin paraît renaître sous les pas du marcheur. C'est pour le touriste, hélas aussi pour le lecteur, une déception constante. Nous n'osons espérer que celui-ci pourra, comme celui-là, se dire, une fois arrivé au but, qu'il ne regrette pas la peine qu'il a prise pour y parvenir.

---

[1] M. Chrétien, dans sa note sur l'arrêt de Turin, enseigne qu'il ne suffit pas que le tribunal étranger ait été compétent d'après ses propres lois, qu'il faut encore qu'il ne soit pas incompétent d'après les lois du pays où l'exequatur est demandé, et il parait entendre cette formule en ce sens qu'il ne faut pas que la loi étrangère sur la compétence ait eu pour résultat de priver les juges du pays d'exécution de la connaissance de l'affaire que leur loi propre leur attribuait. Réduite à ces termes, la remarque est parfaitement juste et n'est qu'une suite de la prééminence déjà signalée de l'effet direct de l'ordre public sur son effet indirect. On se souvient du reste qne nous avons déjà fait une remarque analogue au sujet de la nationalité.

